الوسيط في شرح القانون المدني

الجزء التاسع

أسباب كسب الملكية

مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الانتفاع وحق الارتفاق)

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الوسيط
في شرح القانون المدني
(٩)
أسباب كسب الملكية
مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الانتفاع وحق الارتفاق)

تأليف
عبد الرزاق أحمد السنهوري
دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

القسم الأول

اسباب كسب الملكية



تمهيد (*)

١ — التقسيم العلمي لأسباب كسب الملكية : يتم كسب الملكية بأسباب معينة . وأسباب كسب الملكية تقابل مصادر الالتزام . وكل من أسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام يمكن تقسيمه تقسيما علميا ، يقوم على أساس واحد .

(*) مراجع عامة في القسمين معا : بودري وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥—بودري وتيسييه الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ — أوبري ورو وبارتان جزء٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ — بيدان وفوراران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ — بلانيول وريبير وبيكار جزء ٣ سنة ١٩٥٢ — دى باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ — جوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ — هنرى وليون وجان مازو دروس في القانون المدني جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ — مارتى ورينو جزء ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ — كاربونييه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ — أنسيكلوبيدى داللوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ Accession وجزء ٣ سنة ١٩٥٣ Occupation ولفظ Possession وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Prescriptin civile ولفظ Servitudes وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Usufruit ولفظ Usage-Habitation

محمد كامل مرسى جزء ٢ سنة ١٩٤٩ في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وجزء ٣ سنة ١٩٤٩ في الاستيلاء والالتصاق والشفعة وجزء ٤ سنة ١٩٤٩ في الحيازة والتقادم وجزء ٥ سنة ١٩٥١ في الميراث وتصفية التركة وجزء ٦ في الوصية — في الشفعة وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ — شفيق شحاتة في النظرية العامة للحق العيني سنة ١٩٥١ — محمد على عرفة جزء ٢ سنة ١٩٥٥ في أسباب كسب الملكية — عبد الفتاح عبد الباقي دروس في الأموال سنة ١٩٥٦ (ورسالته بالفرنسية في دور الحيازة في المنقول باريس سنة ١٩٤٣) — عبد المنعم البدراوي في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ — اسماعيل غانم مذكرات في الحقوق العينية الأصلية جزء ٢ سنة ١٩٥٨ — عبد المنعم فرج الصدة في حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ — حسن كيرة في مصادر الحقوق العينية الأصلية (مذكرات على الآلة الكاتبة) سنة ١٩٦٤ — منصور مصطفى منصور في حق الملكية سنة ١٩٦٥ — محمود جمال الدين زكى في حسن النية في كسب الحقوق رسالة بالفرنسية القاهرة سنة ١٩٥٢ .

ذلك أن جميع مصادر الحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، بل جميع مصادر الروابط القانونية ، ترجع إما إلى الواقعة المادية (fait matériel) ، أو إلى التصرف القانوني (acte juridique) . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلا . عندما عرضنا لتقسيم مصادر الالتزام تقسيما علميا فى الجزء الأول من الوسيط(١)

وقد ذكر التقنين المدنى أسبابا سبعة لكسب الملكية : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . فاذا أردنا تقسيم هذه الأسباب تقسيما علميا ، بارجاعها إلى التصرف القانونى والواقعة المادية ، دخل العقد والوصية فى نطاق التصرف القانونى . ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة فى نطاق الواقعة المادية .

أما العقد فهو تصرف قانونى صادر من الجانبين ، فى حين أن الوصية تصرف قانونى صادر من جانب واحد .

والاستيلاء واقعة مختلطة (mixte) ، اختلطت فيها الحيازة المادية وهى عنصر مادى بارادة المستولى فى أن يتملك فى الحال وهى عنصر إرادى . ولكن العنصر المادى هنا هو المتغلب ، ومن ثم ألحق الإستيلا بالوقائع المادية

والميراث سبب كسب الملكية فيه هو الموت ، والموت واقعة مادية

— وعند الإشارة إلى هذه المراجع قصدنا الإحالة إلى الطبعة المبينة أمام كل مرجع منها .
ونذكر هنا ما وقع فى يدنا من المؤلفات التى تبحث فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى العراقى ليرجع إليها من يشاء البحث فى هذا القانون : حامد مصطفى فى الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية العقارية فى العراق (معهد الدراسات العربية العالية) سنة ١٩٦٤ — حسن على الذنون فى الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٤ — شاكر ناصر حيدر فى الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩ — صلاح الدين الناهى فى الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١ .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢ — فقرة ٣٤ .

والالتصاق ، سواء كان التصاقا بعقار أو التصاقا بمنقول ، ليس إلا اتحاد شيء بآخر اتحادا ماديا . فيكسب صاحب الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي . فالاتحاد المادي إذن هو سبب كسب الملكية ، والاتحاد المادي ليس إلا واقعة مادية .

والشفعة واقعة مركبة (complexe) ، اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو أي ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه واقعة مادية ، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع . باعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الوقائع المادية .

والحيازة هي السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة ، ومن ثم تدخل الحيازة في نطاق الوقائع المادية[1] .

٢ — **التقسيم العملي لأسباب كسب الملكية** : ولم يرد التقنين المدني أن يأخذ بالتقسيم العلمي سالف الذكر ، إذ هو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع ، وسلك في تقسيم أسباب كسب الملكية سبيلا عمليا أقرب إلى الأذهان .

فميز بين كسب الملكية ابتداء في شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية (mode originaire) ويتمثل ذلك في الاستيلاء (occupation) ، وبين كسب الملكية تلقيا عن مالك سابق (mode dérivé) فتنتقل الملكية من مالك إلى مالك آخر ، وهذا هو شأن أسباب كسب الملكية الأخرى غير الاستيلاء . وهذه الأسباب الأخرى إما أن تكون بسبب الوفاة ويتمثل ذلك في الميراث (succession) والوصية (testament) ، أو فيما بين

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط جزء أول فقرة ٢٣

الأحياء ويتمثل ذلك فى الالتصاق (accession) والعقد (contrat) والشفعة (préemption) والحيازة (posscssion)[1] .

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتصاق والحيازة سببان منشئان لملكية جديدة منبتة الصلة بالملكية القديمة التى كانت للمالك السابق ، فهما من هذه الناحية يشاركان الاستيلاء من حيث إن كلا من هذه الأسباب الثلاثة ينشىء ملكية جديدة دون أن ينقل ملكية قديمة (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ – نرسون(Nerson) فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٩٥ – فقرة ٩٧ – مازو ٢ فقرة ١٥٣٩ : فيما يتعلق فقط بتملك المنقول بالحيازة) . ويقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا المعنى : «وعلى هذا الأساس يكون الالتصاق والحيازة سببين منشئين للملكية لاناقلين لها ، إذ أن المالك الجديد لا يكتسب ملكية الشىء بالالتصاق أو بالتقادم بارادة المالك السابق ، بل استناداً إلى حكم القانون . كما أن الملكية التى يكسبها بأحد هذين السببين ملكية جديدة ، لكونها مستقلة تماماً عن الملكية السابقة» (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢ ص ٢ – ص٣) .

والالتصاق ، فى أكثر صوره ، يواجه مالكاً سابقاً كان يملك المواد والأدوات التى التصقت بالأرض أو مالكاً سابقاً كان يملك المنقول الذى امتزج بمنقول آخر ، فينتقل ملكية هذه المواد أو هذا المنقول – هى ذاتها – إلى صاحب الشىء الأصل ، ولا ينشىء ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتتأبد فى انتقالها . فا دام الشىء مملوكاً وكان باقياً لم يهلك ، وإن تغيرت صورته ، فالملكية باقية . وإذا ملك الشىء مالك جديد ، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها ويستوى فى ذلك أن يبقى الشىء المملوك محتفظاً بشكله الأصل كما فى الحيازة ، أو أن يتغير هذا الشكل كما فى الالتصاق ، فما دم الشىء باقيا فإن الملكية تبقى دائما ، والذى يتبدل هو المالك لا الملكية . ولا يوجد إلا سبب واحد هو الذى ينشىء الملكية لا ينقلها ، وهذا السبب هو الاستيلاء . فانه يواجه وقت أن يتحقق شيئاً لا مالك له ، فلم تكن هناك ملكية قائمة حتى تنتقل إلى مالك جديد ، ولم يعد بد من أن تكون الملكية التى كسبت بالاستيلاء هى ملكية مبتدأة ، لا ملكية انتقلت من شخص إلى آخر .

ويخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سببان ناقلان للملكية فيما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعاً ، سواء كان نقل الملكية بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التى تنقل الملكية مع الاستخلاف هى العقد والشفعة والميراث والوصية ، فالعقد والشفعة ينقلان الملكية إلى خلف خاص ، والميراث ينقلها إلى خلف عام ، والوصية تنقلها تارة إلى خلف خاص وتارة إلى خلف عام . أما الالتصاق والحيازة ، فإنهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذى يميز الالتصاق والحيازة إذن عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان الملكية ، بل هما ينقلانها ، ولكن دون استخلاف . =

وكانت المادة ٤٤/٦٦ من التقنين المدنى السابق تعدد أسباب كسب الملكية ، فتنص على أن « تكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالأسباب الآتية وهى العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، وضع اليد ، إضافة الملحقات للملك . الشفعة ، مضى المدة الطويلة » . فلم يتوخ هذا التقسيم أى ترتيب منطقى ، ولم يخل من التكرار إذ ذكر العقود وذكر إلى جانبها الهبة والهبة ليست إلا عقدا ، وسمى الاستيلاء « بوضع اليد » فأوجد لبسا ما بين الاستيلاء والحيازة . وعندما عرض للحيازة سماها « مضى المدة الطويلة » والحيازة أوسع بكثير من ذلك ، وأطلق على الالتصاق عبارة « إضافة الملحقات إلى الملك » وفى هذه التسمية شىء من الإغراب والإبهام . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « رتب المشروع هذه الأسباب ترتيبا منطقيا دون أن يعددها ، وهذا

= وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته ، لا خلافة عامة ولا خلافة خاصة ، فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق (قارن الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٥٠ ص ٦٠٦ هامش ٣) .

ويكون غير واضح فى نظرنا إذن تقسيم الأستاذ محمد على عرفة لأسباب كسب الملكية إلى أسباب منشئة للملكية وهى الاستيلاء والالتصاق والحيازة ، وأسباب ناقلة للملكية وهى العقد والشفعة ، وأسباب خلافة فى الملكية وهى الميراث والوصية . ذلك بأن الالتصاق والحيازة هما سببان ناقلان للملكية لا منشئان لها ، وإنما يتميزان بأنهما ينقلان الملكية دون استخلاف كما قدمنا . وذلك بأن أسباب الخلافة فى الملكية ليست فحسب هى الميراث والوصية ، إلا إذا أريد بالخلافة الخلافة العامة دون الخلافة الخاصة ، وحتى فى هذا المعنى لا تتمحض الوصية سبب خلافة عامة ، بل قد تكون سبب خلافة خاصة وهذا هو الغالب . وإنما أسباب الخلافة فى الملكية ، سواء كانت خلافة عامة أو خلافة خاصة ، هى جميع الأسباب الناقلة للملكية فيما عدا الالتصاق والحيازة ، فتكون أسباب الخلافة إذن هى العقد والشفعة والميراث والوصية . فكان الأولى إذن أن يقسم الأستاذ محمد على عرفة الأسباب إلى منشئة وهى الاستيلاء وحده ، وناقلة دون استخلاف وهى الالتصاق والحيازة ، وناقلة مع الاستخلاف وهى العقد والشفعة والميراث والوصية . فيستبدل عن هذا النحو تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة مع الاستخلاف وناقلة دون استخلاف ، بتقسيمها إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة . وقد كان تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة هو ، من الناحية العملية ، تقسيم أكثر وضوحاً من التقسيم القائم على فكرة الاستخلاف ، فقد آثره التقنين المدنى .

بخلاف التقنين الحالى (السابق) (م ٤٣ / ٦٦) فقد عددها دون أن يرتبها ترتيبا منطقيا . وقد ميز المشروع بين كسب الملكية ابتداء ، أى دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه . ويكون هذا بالاستيلاء ، وبين كسبها انتقالا من مالك سابق . والكسب انتقالا قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالميراث والوصية ، أو يكون انتقالا بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . ولم يعرض المشروع فى هذا المكان للهبة كما فعل التقنين الحالى (السابق) ، فهى كسبب من أسباب انتقال الملكية تندرج فى العقد ، ولا محل لإفرادها بالذكر . وهى كعقد مسمى لها أحكام مفصلة يجب أن توضع فى مكانها بين العقود المسماة ، وهذا ما فعله المشروع »[1] .

وأسباب كسب الملكية التى ذكرها التقنين المدنى هى أسباب عامة شاملة . فهى عامة ، إذ هى لا تقتصر على الملكية وحدها ، بل تتناول سائر الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وقد كانت واردة فى المشروع التمهيدى بعد الحقوق المتفرعة عن الملكية ، حتى تعم حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه . فرأت لجنة المراجعة أن تقدمها فى الترتيب وتجعلها تالية مباشرة لحق الملكية ، لأنها متحققة جميعا فى حق الملكية ولا تتحقق جميعها فى الحقوق المتفرعة عنه ، وما يتحقق منها فى هذه الحقوق منصوص عليه فى كل حق[2]. وهذه الأسباب هى أيضا شاملة ، فهى قد حصرت جميع أسباب كسب الملكية . ويلاحظ فى هذا الصدد أن الملكية قد تنتقل جبرا على صاحبها بارادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه ، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة فى الشفعة وهنا ، حتى تكون الأسباب شاملة حقا ، يجب أن نلحق بالشفعة ما يماثلها فى نفس الظاهرة . ونذكر من ذلك استرداد حصة الشائعة المبيعة قبل القسمة ، واسترداد الحق المتنازع فيه ، واشتراك الجار فى الجزء المعلى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ هامش ١

من الحائط المشترك . والمزاد الجبرى عند تنفيذ الدائن على أموال المدين أو عند قسمة التصفية . ونزع الملكية للمنفعة العامة . والتأميم . والمصادرة[١]. وهذه الأسباب كلها مذكورة فى مواضعها . فلا نعود إليها هنا [٢] .

٣ — **خطة البحث** : ونساير التقنين المدنى فى تقسيمه العملى لأسباب كسب الملكية . فهو تقسيم واضح . ونبحث هذه الأسباب فى أبواب ثلاثة : نفرد الباب الأول منها لكسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء ، ونجعل الباب الثانى لكسب الملكية بسبب الوفاة فنبحث الميراث والوصية ، ونخصص الباب الثالث لكسب الملكية فيما بين الأحياء فنبحث الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٤١ – فقرة ٢٨٤٢ – وقد اقترحوا أن نسمى هذه الطائفة من الأسباب « أسباب انتقال الملكية جبراً على صاحبها »
modes dérivés d'acquisition non volontaire

(٢) أنظر أيضاً فى كسب الصانع للملكية ما يصنعه كمن يصنع طائرة أو باخرة فيملكها بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٦

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء الاستيلاء

(Occupation)

٤ — **التمييز بين المنقول والعقار** : الاستيلاء ، كسبب لكسب الملكية ، يفترض أن الشيء الذى تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء . وعلى ذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء ، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشيء لا مالك له ، فهو شيء لا مال ، ويصبح مالا بالاستيلاء [1] .

ويندر أن توجد أشياء لا مالك لها فى المجتمعات المتحضرة ، أما فى المجتمعات البدائية التى لم تستغل مواردها الاقتصادية ، وفى المجتمعات الجديدة الناشئة ، وفى البلاد الصحراوية ، فكثير من أشيائها يكون لا مالك له ، ومن ثم يرد عليه الاستيلاء .

وإذا كان الشيء الذى لا مالك له نادرا فى المجتمعات المتحضرة ، فهو فى العقار أندر منه فى المنقول . ذلك أن العقار تقبل الناس على تملكه ، فلا يكاد يبقى عقار لا مالك له . وإذا بقيت أراض غير مزروعة فى الصحراء أو فى الجبل لا مالك لها ، فيغلب أن يتدخل المشرع ويعتبرها ملكا للدولة ، كما فعل المشرع المصرى عندما نص فى المادة ٨٧٤ / ١ مدنى على أن « الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة »[2]

لذلك يجب التمييز ، فى الاستيلاء ، بين المنقول والعقار .

---

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٨ ص ١١ .

(٢) أما المشرع الفرنسى فقد نص فى المادة ٧١٣ مدنى فرنسى على أن « الأشياء التى ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة » . ونص أيضاً فى المادة ٥٣٩ مدنى فرنسى على أن « الأشياء السائبة التى لا مالك لها ، وأموال من يموت دون وارث أو من تخل الوارث عن تركته ، تدخل فى الدومين العام » . ولكن هذه النصوص تفسر فى فرنسا على أنها مقصورة على العقار —

المبحث الأول

الاستيلاء على المنقول

٥ — المنقول الذى لا مالك له — نص قانونى : يقع فى بعض الأحيان أن يكون المنقول ليس له مالك . إما بألا يكون له مالك منذ البداية ، أو بأن يكون له مالك ثم يتخلى هذا عن ملكيته فيصبح المنقول لا مالك له .

مثل المنقول الذى لا يكون له مالك منذ البداية (res nullius) : الأشياء المشتركة (res communes) ؛ والسمك فى الماء ، والطير فى الهواء ، والحيوانات غير الأليفة .

وقد يكون للمنقول مالك ، ثم يتخلى هذا عنه ، وقد نصت المادة ٨٧١ / ١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « يصبح المنقول لا مالك

= دون المنقول ، فالعقار الذى لا مالك له هو وحده الذى يكون ملكاً للدولة فلا يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٣ وفقرة ٥٩٠) . أما المنقول فيجوز ألا يكون له مالك ، ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٣ ص٦٧). وقد كان مشروع التقنين المدنى الفرنسى الصادر فى سنة ١٨٠٤ يجعل كلا من العقار والمنقول إذا لم يكن له مالك ، ملكاً للدولة ومن ثم كان هذا المشروع لا يقر الاستيلاء سبباً لكسب الملكية ، وكانت إحدى مواد هذا المشروع تنص على ما يأتى :

«لا تعترف القوانين المدنية بالحق فى الاستيلاء ، والأشياء التى لم يكن لها مالك أصلا ، أو التى أصبحت لا مالك لها لتخلى أصحابها عنها ، تكون ملكاً للأمة . ولا يجوز لأحد أن يتملكها ، إلا بحيازة كافية للتملك بالتقادم » (فينية ٢ ص١٢٤) . ولكن هذا النص حذف من المشروع ، بناء على ملاحظة قدمتها محكمة استئناف باريس ، واستندت فيها إلى أن بعض الصناعات industrie des chiffonniers تقوم على التقاط المخلفات والمنقولات التى يتخلى عنها أصحابها ، فتحولها إلى ورق أو إلى مواد أخرى ذات فائدة . وقد استبدل بهذا النص المحذوف نص المادة ٧١٣ مدنى فرنسى سالف الذكر . وأصبح مسلماً فى القانون الفرنسى أن هذه المادة الأخيرة مقصورة على العقار دون المنقول كما سبق القول . وقد أكدت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى هذا المعنى ، عندما عدلت فى مشروع تنقيحها المادة ٧١٣ مدنى فرنسى على الوجه الآتى «العقارات التى ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة» (لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى سنة ١٩٤٦ — سنة ١٩٤٧ ص ٨١٧ — ص ٨٢٠ و ص ٨٣٠) .

له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته » [١] . فاذا تخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته ، فقد هذه الملكية وأصبح المنقول ليس له مالك ، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يتملكه بالاستيلاء . مثل ذلك أن يلقى شخص فى الطريق ، أو فى سلة المهملات لتلقى فى الطريق ، أوراقا أو أشياء أصبحت غير ذات نفع له ، قاصدا بذلك النزول عن ملكيتها[٢] . ومثل ذلك أيضا أن يحوز شخص حيوانا غير أليف فيتملكه بالاستيلاء ، ثم يطلقه متخليا عن ملكيته فيفقدها ، ثم يعود إلى حيازته مرة أخرى فيعود إلى تملكه بالاستيلاء . ومثل ذلك أخيرا الطمى والأتربة التى تستخرج من باطن الأرض وتلقى على قارعة الطريق ، كما إذا حفر شخص خندقا فى أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا .

ويشترط فى التخلى الذى يفقد المالك ملكية المنقول أن يكون متوافرا على عنصرين : (١) عنصر مادى ، هو ترك المنقول يخرج من حيازته . (٢) وعنصر معنوى ، هو نية النزول عن ملكية المنقول ، وقد تستخلص هذه النية من الظروف كما هو الأمر فى إلقاء الأشياء فى الطريق أو فى إطلاق الحيوان غير الأليف بعد اعتقاله ليعود إلى حريته . وعلى ذلك إذا ضاع

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٢ / ١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يستعمل لفظ «سائبة» بدلا من عبارة «لا مالك له» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٢ / ١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٠ / ١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لا مالك له» بلفظ «سائبة» ، وذلك «دفعاً لشبهة التى تتبادر إلى الذهن من دلالة السائبة فى الإسلام» ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧١ / ١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ – ص ١٩٠).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٢٩/١ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٥ / ١ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٤ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ١٠ .

منقول من مالكه ، فان المالك لا يعتبر متخليا عن ملكيته ، فهو إذا كان قد فقد حيازته فان ذلك لم يقترن عنده بنية النزول عن الملكية[١] .

ويفهم من نص المادة ٨٧١ / ٢ مدنى ، عن طريق التدليل العكسى ، أن العقار لا يجوز أن يتخلى مالكه عنه ، إذ النص مقصور على المنقول . فمن تخلى عن عقار ، قاصدا النزول عن ملكيته ، تخلصا من الضرائب مثلا أو من أحكام قانون الإصلاح الزراعى ، فان العقار يبقى بالرغم من ذلك على ملكيته ، فلا يفقد هذه الملكية ، ولا يؤول العقار للدولة .

٦ — كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذى لا مالك له — نص قانونى .

تنص المادة ٨٧٠ مدنى على ما يأتى :

« من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه »[٢] .

ويخلص من هذا النص أن للاستيلاء أركانا ثلاثة ، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سببا لكسب الملكية :

أولا — منقول لا مالك له : وقد رأينا فيما تقدم[٣] أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية ، أو أن يكون له مالك فى أول

---

(١) وإذا توافر العنصران المادى والمعنوى فى التخلى ، أصبح المنقول لا مالك له ، وسقطت ملكية صاحبه . ولا يشترط لسقوط الملكية أن يستولى أحد على المنقول ، بل إن مجرد التخلى مسقط للملكية (عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٧ – ص ١٨٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٦ / ٧٩ : الأموال التى ليس لها مالك تعتبر ملكاً لأول واضع يد عليها . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدنى السورى م ٨٢٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٤ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٨ / ١ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥ .

الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته . فنى الحالتين يرد الاستيلاء على هذا المنقول الذى لا مالك له ، فيكون سببا فى كسب ملكيته لمن وضع يده عليه . ويجب أن يكون المنقول ماديا . فالمنقول المعنوى لا يرد عليه الاستيلاء . فلو أن شاعرا نظم شعرا ، ولم يرض عنه فألقى الورقة التى كتب فيها هذا الشعر فى الطريق بنية النزول عن ملكيته للورقة وعن حقه المعنوى فى الشعر الذى نظمه ، فالتقط الورقة عابر فى الطريق واستولى عليها ، فانه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوى للشاعر فى شعره . ومن ثم لا يجوز لمن استولى على الورقة أن ينشر الشعر ، وأن يستعمل فى شأنه حق المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء ، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى ، وليس منقولا ماديا حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء . وقد وقع مثل ذلك فعلا فى فرنسا . فمزق مصور الصورة التى رسمها ولم يرض عنها ، وألقى بها فى الطريق ، فالتقطها أحد المارة . فقضى بألا حق له فى جمع شتات أجزاء الصورة وإعادتها إلى أصلها وبيعها ، إذ اعتبر بيع الصورة هنا بعد جمع شتاتها نشرا للصورة[1].

ثانيا — وضع اليد على هذا المنقول : وهذا هو العنصر المادى للحيازة . فيجب حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه ، فيصبح فى قبضة يده ، ويستأثر به دون سائر الناس [2] .

ثالثا — نية التملك : وهذا هو العنصر المعنوى للحيازة . فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى

---

(١) محكمة السين المدنية ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٧ واللوز ١٩٢٨ – ٢ – ٨٩ – باريس ٦ مارس سنة ١٩٣١ داللوز ١٩٣١ – ٢ – ٨٨ – بلا نيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٢ ص ٦٠٣ هامش ٢ – وأنظر أيضاً محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٥ – اسماعيل غانم ص ٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٢ – حسن كيرة ص ٨٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٦ – ص ٢٧٧ .

(٢) وتنص المادة ١٠٩٨ مدنى عراقى على مايأتى : « ١ – كل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحاً لا مالك له ، ملكه . ٢– والإحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشىء ، كحصد الكلأ والاحتطاب من أشجار الجبال . ويكون حكمياً بقرينة سبب الإحراز كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة للصيد » .

والمعنوى . فيصبح حائزا للمنقول ، وهذه الحيازة هى عين الاستيلاء . فلو التقط شخص منقولا ملقى فى الطريق مدفوعا بعامل الفضول ، ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية فى الطريق ، فانه لا يتملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك . ولما كانت نية التملك واجبة ، فان عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يتملك منقولا بالاستيلاء ، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز .

ونرى من ذلك أن الحيازة وحدها هنا ، غير مقترنة بأية واقعة أخرى ، تكفى للتملك . ويرجع ذلك إلى أن الشيء الذى يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له كما قدمنا ، فتملكه لا يتضمن سلبا لملكية الغير ، ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية . أما إذا كان المنقول مملوكا لشخص غير الحائز ، فالحيازة وحدها لا تكفى ، بل يجب أن يقترن بها السبب الصحيح وحسن النية . فاذا كان الشيء عقارا ومملوكا لشخص غير الحائز ، وجب لتملكه إلى جانب الحيازة انقضاء مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة ، أو انقضاء مدة التقادم القصير وهى خمس سنوات على أن يقترن بذلك أيضا السبب الصحيح وحسن النية . كذلك فى تملك الثمار بالحيازة ، يجب أن تقترن الحيازة بحسن النية .

وننتقل الآن إلى بعض تطبيقات للاستيلاء ، ورد أكثرها فى التقنين المدنى ، ونميز فيها بين المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية ، فنعرض للشيء المشترك ولصيد البر والبحر وللحيوانات غير الأليفة ، وبين المنقول الذى كان له مالك ثم أصبح لا مالك له : فنعرض للأشياء المتروكة وللكنز وللقطة (الأشياء الضائعة) وللأشياء الأثرية وللتركة التى لا وارث لها .

§ ١ – المنقول الذى لا مالك منذ البداية

٧ – **الشيء المشترك** : هناك أشياء مشتركة النفع لجميع الناس ، كالشمس والهواء والبحر . وهى غير قابلة للتعامل فيها ، لاستحالة هذا التعامل .

ولكن قد يصبح التعامل فى هذه الأشياء ممكنا من بعض النواحى ، فعند ذلك تصبح منقولا ليس له مالك ، ويجوز تملكها بالاستيلاء .[1] فأشعة الشمس يمكن أن يحصرها الفوتوغرافى ، والهواء يمكن أن يستعمله الكيمائى فى أغراضه ، والبحر يمكن أن يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للتملك [2] ، فكل من الفوتوغرافى والكيمائى ومغترف الماء من البحر يملك بالاستيلاء ما أحرزه من كل ذلك بنية تملكه [3] .

٨ – صيد البر والبحر – نص قانونى : تنص المادة ٨٧٣ مدنى على ما يأتى :

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥٣٩ .

(٢) كما لو أحرز شخص أو شركة مقداراً من ماء البحر لاستخراج الملح منه ، فانه يتملك هذا المقدار من ماء البحر (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٣٤٧) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٢٣٧ – وقد جاء فى التقنين المدنى العراقى نصوص لا مقابل لها فى التقنين المدنى المصرى ، بعضها يتعلق بالماء والكلأ والنار (وهى أشياء ثلاثة تشترك فيها كل الناس ، وقد تعتبر شيئاً عاماً أو شيئاً مباحاً) ، وبعضها يتعلق بالأشياء المباحة ، كاقتطاع الأشجار والأحطاب والأحجار من الجبال المباحة ، وكرعى المواشى فى المراعى المباحة . ونورد فيما يلى هذه النصوص :

م ١٠٩٩ : ١ – الماء والكلأ والنار مباحة ، والناس فى هذه الثلاثة شركاء ، فيجوز لهم الانتفاع بها ، وإحراز الماء والكلأ بشرط عدم الضرر . ٢ – ويعتبر مباحاً الكلأ الثابت فى ملك شخص بغير قصده ، ولكن للمالك أن يمنع الغير من الدخول فى ملكه . ٣ – وللإنسان والحيوان حق الشفة فى الماء الذى لم يحرز ، وفى المساقى والقنوات المملوكة للغير بشرط عدم الضرر .

م ١١٠٠ : ١ – يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة ، إذا لم تكن من الغوطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات أشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير ذلك من المواد التى يحتاج إليها فى البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته . ٢ – وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعى المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات ، فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيها مواشيهم ، وأن ينتفعوا بنباته ، من غير أن يؤدوا شيئاً من الرسوم . ويجوز لغير أهل القرية ، إن لم يكن مضراً بأهلها ، أن يرعوا مواشيهم فى هذا المرعى ، وأن ينتفعوا بنباته ، وفق ما يجيزه القانون .

« الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة »[١] .

وندع جانبا القوانين واللوائح الكثيرة التى تنظم الصيد ، فهى تعرض لمسائل تفصيلية تدخل فى مباحث القانون الإدارى[٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه المراجعة تحت رقم ٩٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٣ – ص ١٩٤) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٨٣/٥٩ : يتبع فى حقوق الصيد فى البر والبحر منطوق اللوائح المخصوصة بها .

(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد)

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدنى السورى م ٨٣١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٣ (مطابق).

م ١١٠٢ : ١ – الصيد مباح براً وبحراً ، ويجوز اتخاذه حرفة . ٢ – وشرط الصيد أن يمتنع الحيوان عن الإنسان بقدرته على الفرار ، ثم يحرزه الصائد بعمله قاصداً صيده .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) مثل ذلك لائحة الصيد الصادرة فى ٤ أغسطس سنة ١٩١٢– ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ والخاص بصيد الأسماك فى البحيرات والمياه الداخلية والمياه البحرية وقناة السويس وبالملاحة فى البحيرات الداخلة . وقد عدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٤٨ ، وبالقانون رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٥٣ (بشأن صيد الإسفنج) ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٧٠٣ لسنة ١٩٥٤ – ومثل ذلك القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية فى منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه البحرية المصرية ، والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحربية فى منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه الإقليمية البحرية ، والقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية فى منح حق استغلال صيد الأسماك والمحار والبط والأوز والسمان ببعض البحيرات ببورسعيد – ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٤٦ بتقرير بعض محظورات فى صيد الأسماك ، معدل بالقانون رقم ٢٣٢ سنة ١٩٥٣ – ومثل ذلك المرسوم الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٤٨ بإنشاء مجلس استشارى للمصايد – ومثل ذلك القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٣ بحظر صيد بعض الحيوانات البرية .

وهذه التشريعات إنما تنظم حق ممارسة الصيد كمهنة . أما حق تملك ما يصاد فهذه مسألة من مسائل القانون المدنى ، وكذلك حق الصيد باعتباره من متعلقات حق الملكية .

وتبقى الناحية المدنية ، فالطير فى الهواء والسمك فى الماء منقول لا مالك له منذ البداية ، فيجوز لمن يستولى عليه أن يتملكه بالاستيلاء . والاستيلاء هنا هو صيد الطير أو السمك ، فالصائد إذا صاد طيرا أو سمكا وأصبح فى قبضة يده ، فقد ملكه .

والأصل فى صيد الطير أن حق الصيد فى أرض يملكه صاحب هذه الأرض . فاذا كانت الأرض شائعة ، كان لكل مالك فى الشيوع حق الصيد فيها ، أما النزول للغير عن حق الصيد فيقتضى رضاء جميع الملاك فى الشيوع [1] . وإذا ترتب على الأرض حق انتفاع ، فالمنتفع هو الذى يكون له حق الصيد [2] . أما المستأجر للأرض فلايكون له حق الصيد فيها ، إلا باتفاق خاص [3] . فاذا كان الصيد فى طريق عام ، فهو مباح للجميع ، بشرط مراعاة القوانين واللوائح التى تنظم هذا الحق . ولا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالصيد ، فحق الارتفاق لا يترتب لمصلحة شخص وإنما يترتب لمصلحة عقار [4] . ولكن يجوز إيجار حق الصيد ، وتسرى عليه أحكام عقد الإيجار [5] . ويكون إيجار حق الصيد تبعا لأيجار الأرض ، أو مستقلا عنها . وعلى ذلك يكون لمالك الأرض أن يؤجر حق الصيد فيها مستقلا عن الأرض ذاتها ، فيستبقى لنفسه الانتفاع بالأرض ويؤجر حق الصيد فيها لآخر ، كما له أن يؤجر الأرض لشخص وحق الصيد

---

(١) نقض فرنسى جنائى ١٩ يونيه سنه ١٨٧٥ داللوز ٧٧ - ١ - ٢٩٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٥ - وانظر مايل فقرة ٤٩١ فى الهامش .

(٣) نقض فرنسى ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ - ١ - ٥٦٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .

(٤) نقض فرنسى جنائى ٩ يناير داللوز ٩١ - ١ - ٤٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٦ .

(٥) أنظر مايلى فقرة ٥٧٤ - وانظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ - وحق الصيد يكاد يكون مثلا فذا لحق يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٧ - أنظر مع ذلك نقض فرنسى جنائى ٣ يناير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ - ١٠٠ فى النزول عن حق الإيجار لجمعية) . ويلاحظ فى هذا الصدد أن الوقف هو أيضاً يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه .

لشخص آخر ، وله أخيرا أن يؤجر الأرض ويستبقى حق الصيد لنفسه . وإذا أجر صاحب الأرض حق الصيد ، لم يجز له أن يصطاد بنفسه أو أن يسمح لأحد آخر بالصيد ، لأن هذا الحق قد اجره ونزل بذلك عن حق الانتفاع به . أما إذا سمح صاحب الأرض بالصيد فيها لآخر ولو بمقابل ، فهذا السماح لا يعتبر إيجارا بل عقدا غير مسمى تعهد به صاحب الأرض بألا يمنع المتعاقد الآخر من الصيد فى أرضه . وهذا العقد غير المسمى لا يمنع صاحب الأرض من الصيد فى أرضه ، ولا يمنعه أيضا من السماح لأشخاص آخرين بالصيد (١) .

ويتحقق الاستيلاء على الطير بصيده ووقوعه ميتا ولو فى أرض الغير وإحرازه . ولكن ليس من الضرورى لتحقق الاستيلاء الإحراز المادى للطير ، فالمسلم به أنه يكفى أن يقع الطير ميتا أو مجروحا جرحا قاتلا بحيث لا يستطيع توقى مطاردة كلاب الصيد له ولا يستطيع الفرار منها ، فيكون إحرازه أمرا محققا وشيك الوقوع(٢) . أما إذا كان الطير لم يجرح جرحا قاتلا وكان يستطيع الفرار ، فقبل إحرازه لا يتحقق تملكه بالاستيلاء ، ويجوز للغير أن يستولى عليه فيتملكه . وقد تقوم صعوبات عملية فيما إذا اصطاد شخصان طيرا واحدا فى وقت واحد

---

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ ص ١٣٨ هامش ٢ .

(٢) نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ – ١ – ١٢١ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٤٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ – حتى لو وقع الطير فى أرض الغير فإن الغير لا يتملكه (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٣٤٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٥). وإذا استولى الغير على الطير وهو فى هذه الحالة بنية تملكه عد سارقاً ، لأن الصائد أصبح مالكاً للطير بالاستيلاء (ديجون ٧ دسمبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١١ – ٢ – ٦٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣ ص ١٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٤ – ص ٤١٥ – وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٠٢ ص ٢١٣) .

أو على التعاقب[١] ، وفيما إذا لم يعثر على الطير بعد وقوعه ثم عثر عليه بعد ذلك . وكل هذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضى الموضوع[٢] .

والسمك فى الماء ، وسائر الأحياء المائية[٣] ، هى أيضا منقول لا مالك له . ويجوز تملكه بصيده . فيكون سبب كسب الملكية هو الاستيلاء . وينظم الصيد فى البحر والبحيرات والمياه الداخلية لوائح كثيرة متنوعة . ولكن السمك الذى يوجد فى مجارى المياه المملوكة ملكية فردية ، كالترع والمصارف الخاصة والمستنقعات ، لا يعتبر منقولا لا مالك له ، بل هو ملك لمالك مجرى الماء الذى يوجد فيه السمك . ولا يجوز صيد السمك فى مجارى المياه الخاصة إلا باذن أصحاب هذه المجارى ، وإذا صاد شخص هذا السمك دون إذن يعتبر سارقا له[٤] . ويتحقق الاستيلاء على السمك الذى لا مالك له بصيده ووقوعه فى شبكة الصائد بحيث لا يستطيع الإفلات منها . فاذا تمكن السمك من الإفلات ولم يستطع الصائد إحرازه قبل أن يفلت ، وعاد السمك إلى الماء ، فانه يعود منقولا لا مالك له ، ويجوز لأى شخص آخر صيده .

٩ – الحيوانات غير الأليفة – نص قانونى : تنص المادة ٢/٨٧١ مدنى على ما يأتى :

« وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق ، عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فورا أو إذا

---

(١) فاذا صاد الطير اثنان على التعاقب ، بأن أطلق الأول عياراً نارياً فأصاب الطير إصابة قاتلة ، ثم أطلق الثانى عياراً نارياً آخر فأجهز عليه ، فانه يكون ملكاً للصائد الأول دون الصائد الثانى ، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بأن الصيد يكون شركة بين الصائدين (بيدان وفواران ؛ ص ٧٨٥ فى الهامش – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٤٧).

(٢) نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠–١–١٦٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧ : ص ٦٠٩ .

(٣) وكل مايوجد فى البحر من لؤلؤ وأصداف وأحجار أخرى ثمينة وقواقع ومحارى وغير ذلك .

(٤) نقض فرنسى جنائى ١٢ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ – ١– ٣٣٧ –أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٣٩ – ص٣٤٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٤ .

كف عن تتبعه . وماروض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لا مالك له » [١] .

ويخلص من هذا النص أن الحيوانات الأليفة ، كالدواجن والمواشى والخيل والحمير والبغال والكلاب والقطط والقردة والنسانيس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة ، لا تعتبر منقولا لا مالك له ، ولا يجوز تملكها بالاستيلاء . فهى عادة يكون لها صاحب يملكها ، ولا تزول ملكيته عنها إلا بانتقالها إلى غيره بسبب ناقل للملكية ، ولا يكون ذلك بالاستيلاء . وإذا ضلت هذه الحيوانات أو تسربت ، فان صاحبها لا يفقد ملكيتها ، وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة . وإنما تملك بالاستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها ، فتصبح عند ئذ منقولا لا مالك له ؛ ومن ثم يكسب ملكيتها من يستولى عليها ، وذلك كالكلاب والقطط إذا تخلى عنها أصحابها .

أما الحيوانات غير الأليفة ، ويدخل فى ذلك الحمام والنحل ، كما تدخل الحيوانات التى تعيش طليقة على حالتها الأصلية من الحرية الطبيعية كالغزلان والذئاب والثعالب والطيور ، بل تدخل الحيوانات

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٢ / ٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لامالك له» بكلمة «سائبة» ، وعبارة «الحيوانات غير الأليفة » بعبارة «الحيوانات المتوحشة» وذلك «مادام المقصود بالمتوحش هو غير الأليف ، لئلا يفهم منها أنها حيوان الغابات آكلة اللحوم » . ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٧١ / ٢ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٨٨ – ص١٩٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدنى السورى م ٢/٨٢٩ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٥/ ٢ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل .

التى تعيش عادة فى الغابات كالأسود والنمور والفيلة[1] ، فهذه جميعا لا مالك لها منذ البداية ، وتبقى كذلك ما دامت طليقة . ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء ، ويتم ذلك باعتقالها وترويضها واستئناسها . فإذا شيد شخص أبراجا يأوى إليها الحمام ، أو اعتقل غزالا أو طيرا وحبسه فى قفص ، أو أحرز أسودا ونمورا وفيلة لتعرض فى ملعب من ملاعب « السيرك » ، فانه يتملك هذه الحيوانات غير الأليفة بالاستيلاء ، وتبقى ملكا له ما دامت معتقلة غير طليقة .

فاذا أطلق هذه الحيوانات ، أو انطلقت من نفسها بغير علمه أو بالرغم منه ، عادت حيوانات لا مالك لها ، ويجوز لغيره تملكها بالاستيلاء على النحو الذى كان هو قد تملكها به . وذلك مادام لم يتتبعها فورا بعد علمه بانطلاقها ليعيد اعتقالها ، أو تتبعها فورا ولكنه كف عن تتبعها يأسا منه أو زهدا فيها فبقيت طليقة . أما إذا تتبعها فورا ، ولم يكف عن تتبعها حتى أمسك بها وأعاد اعتقالها ، فان ملكيته لها التى كسبها بالاستيلاء فى أول الأمر تبقى ولا تزول ، حتى فى خلال الفترة التى كان يتتبعها فيها فيها وهى طليقة . ولا يجوز لشخص آخر أن يستولى عليها فى هذه الفترة وهو عالم بحالتها ، وإلا عد سارقا لأنه اختلس منقولا مملوكا لغيره .

وإذا روضت هذه الحيوانات حتى أصبحت تألف الرجوع إلى المكان المخصص لها ، كالحمام فى الأبراج ، فانها تبقى ملكا لمن استولى عليها ، حتى فى الفترة التى تغادر فيها الأبراج وتطير فى الهواء ، ما دامت قد ألفت الرجوع إلى الأبراج وما دامت ترجع بالفعل إليها . فاذا فقدت هذه العادة ، ولم تعد ترجع إلى الأبراج ، فإنها تعود طليقة ، وتصبح مرة أخرى منقولا لا مالك له ، ومن ثم يجوز لأى شخص تملكها ثانية بالاستيلاء على النحو الذى سبق بيانه .

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ١٥ – وقارن مادار من المناقشة فى هذا الصدد فى لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٢٥ هامش ١ .

§ ٢ - المنقول الذى ليس له مالك

١٠ - **الأشياء المتروكة** : ويقصد بها الأشياء المنقولة التى تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها ، وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة والأشياء التى يستغنى عنها فتلقى فى سلة المهملات ومخلفات المنازل التى تلقى فى صناديق القمامة وبقايا المأكولات التى يتركها الإنسان فى قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه فى قارعة الطريق . ويدخل فى ذلك أيضا البدرات من النقود الصغيرة ، التى يلقى بها على الجمهور ليلتقطها فى الحفلات والأعراس[١] . وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المتروكة (res derelictae) ، لأن صاحبها يتركها بنية التخلى عنها (derelicto, abondon) . فالترك إذن ، كما سبق أن بينا[٢] ، يتكون من عنصرين ، أحدهما مادى وهو التجرد عن حيازة الشيء ، والآخر معنوى وهو نية التخلى عن ملكية الشيء وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه[٣] . وعلى ذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء التى ليس لها مالك منذ البداية . فالأولى كان لها مالك ، ثم تخلى عن ملكيتها . أما الثانية فلم يكن لها مالك أصلا ، كالطير فى الهواء والسمك فى الماء والحيوانات غير الأليفة على التفصيل الذى سبق بيانه . ولكن الأشياء المتروكة والأشياء التى ليس لها مالك منذ البداية سواء من حيث الاستيلاء ، فكلاهما يرد عليه الاستيلاء لأنه وقت أن يتم إحرازه والاستحواذ عليه لا يكون له مالك ، إما لأن المالك قد تركه أو لأنه لم يوجد له مالك أصلا . كذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء الضائعة (اللقطة) . فالأشياء المتروكة تخلى عنها صاحبها طوعا وعن بينة من أمره ، فتفقد ملكيتها . أما الأشياء الضائعة فلم يتخل عنها صاحبها طوعا ، بل هو قد فقدها بغير إرادته ولم يستطع

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ هامش ٦ .

العثور عليها . ولعله لايدرى أنه فقدها . ولذلك تبقى ماكيتها له ولاتزول إلا بسبب قانونى [١] .

والأشياء المتروكة . على النحو الذى قدمناه . تصبح منقولا لا مالك له[٢] ، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يتملكها بالاستيلاء بل يجوز للمالك الأصلى نفسه . إذا بدا له ذلك . أن يعود فيستولى عليها إذا لم يكن أحد قد استولى عليها من قبل ، وعند ذلك يملكها مرة أخرى ولكن بسبب جديد هو الاستيلاء .

١١ – الكنز – نص قانونى : تنص المادة ٨٧٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ – الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » .

« ٢ – والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته »[٣] .

---

(١) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ – وانظر آنفاً فقرة ٥ .

(٢) أنظر م ١/٨٧١ مدنى آنفاً فقرة ٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته . فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها . ٢ – والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٤ فى المشروع النهائى ، بعد أن حذفت منه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى : «فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده إلخ » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤١ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩١ – ص١٩٢) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٨/٨١ : المال المدفون فى الأرض الذى لا يعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض . وإذا لم يكن للأرض مالك ، كان المال المذكور لمن وجده . وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها . (وحكم التقنين السابق لا يختلف عن حكم التقنين الجديد إلا فى أنه يجعل الكنز لمن وجده إذا لم يكن للأرض مالك . ويلاحظ أنه من النادر جداً ألا يكون للأرض مالك فى مصر ، فقد قدمنا أن مالك الأرض لا يفقد ملكيتها حتى إذا تخلى عنها – أنظر آنفاً فقرة ٥ – وسنرى أن الأراضى الصحراوية والأراضى غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب أن يتوافر فى الكنز شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون مدفونا أو مخبوءا : فهو إذن مال منقول . أما العقار المدفون فيكون عادة أثرا من الآثار القديمة [١] . تسرى عليه الأحكام المتعلقة بالآثار التارخية لا الأحكام المتعلقة بالكنز . وما دام مدفونا أو مخبوءا فإنه يكون متميزا عن الأرض . فما يوجد من معادن ونفط وأحجار فى باطن الأرض لا يكون كنزا ، لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفونا أو مخبوءا فيها [٢] . وإذا لم يكن المنقول مدفونا

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٣٠ : الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، تكون ثلاثة أخماسه لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز ، وخمسة لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة ، مع مراعاة النصوص الواردة فى القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٦ تتكون من ثلاث فقرات ، الفقرتان الأوليان مطابقتان لفقرتى المادة ٨٧٢ / مدنى مصرى ، والفقرة الثالثة تجرى على الوجه الآتى : «وإذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كنز فى مال مملوك للغير ، اقتسمه مع المالك مناصفة» . (والتقنين الليبى يقسم الكنز مناصفة بين صاحب العقار ومن كشف الكنز) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٠١ : الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته ، يكون لمالك العقار إن كانت الأرض مملوكة ، وللدولة إن كانت الأرض أميرية ، ولجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وقفاً صحيحاً . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أنه يجعل الكنز الذى عثر عليه فى أرض موقوفة لجهة الوقف لا للواقف وورثته ، ويصرح هذا التقنين بأن الكنز للدولة إذا عثر عليه فى أرض أميرية) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٧ : إن الكنز الذى يعثر عليه فى الأرض تعود ثلاثة أخماسه لصاحب الأرض ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير للخزينه العامة ، مع الاحتفاظ بالتقييدات المنصوص عنها فى القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة . (وأحكام القانون اللبنانى تطابق أحكام التقنين السورى) .

(١) وقد قضى فى فرنسا أنه لا يعتبر كنزا الموزاييك الموجود فى باطن الأرض والذى يرجع إلى العهد الرومانى (باريس ٢٠ نوفبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ - ٢ - ١٩٧ - نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ - ١ - ٥٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤) . ويعد ملكاً لصاحب العقار الذى يعد الموازييك جزءاً منه (كولان وكابيتان ودى لا موراندبير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٦٠ .

أو مخبوءا ، بل كان ملقى على سطح الأرض ، فهو ليس بكنز ، ويعتبر شيئا ضائعا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة(١) . وليس من الضرورى أن يكون الكنز مدفونا أو مخبوءا فى باطن الأرض أو فى حائط لبناء قائم ، أى فى عقار . بل يجوز أن يكون مخبوءا فى منقول آخر يحتويه ، كما إذا عثر على مجوهرات أو ذهب أو نقود فى درج سرى من أدراج المكتب ، أو على أوراق مالية أو سندات مخبوءة طى صفحات كتاب أو سجل قديم (٢) .

(والشرط الثانى) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول : فإذا استطاع شخص أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأنه كان قد دفنه فى باطن الأرض أو خبأه فى مخبأ سرى خوفا عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقائه محفوظا ، فإنه لا يعتبر كنزا ، ويجوز للمالك أن يسترده بدعوى الاستحقاق (٣) .

ويلاحظ أن الكنز — بهذا التحديد — ليس من الدقة أن يقال إنه منقول لا مالك له . فقد رأينا أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد منذ البداية ، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته . والكنز ليس هذا ولا ذاك ، فهو قد كان له مالك ، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصا عليه عندما دفنه

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤ — ص ٦١٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ هامش ٢٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦١ — ولكن لا يعتبر كنزاً المجوهرات والأشياء الثمينة المدفونة مع جثة الميت لاعتبارات دينية أو أدبية ، إلا إذا أصبح الوارث لهذه الأشياء غير معروف ولم تكن أشياء أثرية (بوردو ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ — ٢ — ١٠٣ — مارتى ورينو فقرة ٢١٦ ص ٤٠٧ — ص ٤٠٨) .

(٣) ولا يشترط فى الكنز أن يعثر عليه بمحض الصدفة ، فقد يتوقع شخص أن يكون فى أرض كنز ويسعى للكشف عنه ، فإذا وجده سرت عليه الأحكام المتعلقة بالكنز . كذلك لا يشترط فى الكنز أن يكون قديماً وإن كان يغلب أن يكون كذلك ، ولكن يصح أن يكون هناك منقول قد دفن أو خبىء من عهد قريب جداً ، فما دام أحد لا يستطيع أن يثبت ملكيته إياه فهو كنز (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦١ ص ١١٠٢) .

أو خبأه . لذلك يبدو أن الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء[١] ، كما يصح أن يكون محلا للاستيلاء المنقول الذى لا مالك له . وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، فلأن الكنز يقرب من المنقول الذى ليس له مالك فى أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف[٢] .

من أجل ذلك لم تسر على الكنز أحكام الاستيلاء كاملة فى القانون الفرنسى ، ولم تسر أصلا فى القانون المصرى .

أما القانون الفرنسى فيقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكنز وبين من عثر على هذا الكنز . فإذا كان من عثر عليه هو نفس مالك العقار فالكنز له كله (م ٧١٦ مدنى فرنسى)[٣] وفى الحالة الأولى ، إذا قسم الكنز مناصفة ، من عثر على الكنز يملك النصف بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ، لأن الاستيلاء لا يرد على الكنز[٤] كما قدمنا . وقد رأى المشرع الفرنسى أن الكنز ، ومالكه غير معروف ، يتقاسمه الشخصان اللذان لهما شأن به ، وهما صاحب العقار ومن عثر على الكنز . أما من عثر على الكنز ، فلأنه هو الذى كشف عنه وقد

---

(١) قرب كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٣٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٥ – وانظر أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ occupation فقرة ٢٢ وفقرة ٣٠ .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٧ – ص ٢٨ .

(٣) وقد يكون هذا الحكم ، من بعض الوجوه ، أعدل من الحكم الذى ورد فى التقنين المدنى المصرى . فهو يعطى من عثر على الكنز ، إذا لم يكن هو مالك العقار ، نصف الكنز ، إذ هو الذى كشف عنه ولولا هذا الكشف لكان محتملا أن يبقى الكنز مختبئاً لا يدرى به أحد . هذا إلى أن إعطاء نصف الكنز لمن عثر عليه يشجعه على أن يعلن كشفه الكنز ، أما إذا لم يكن له نصيب فيه بهذا المقدار فيغلب أن يكتم أمر كشفه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا ، ليستأثر به وحده ، وإن عد فى هذه الحالة سارقاً .

(٤) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٧ ص ٦١٦ .

كان قبل ذلك مدفونا أو مخبوءا (١) . وأما صاحب العقار ، فلأن هناك احتمالا أن يكون مالك الكنز هو أحد أجداده إذا كان يملك العقار من مدة طويلة ، وإلا فهناك احتمال آخر أنه كان يعثر على الكنز وهو موجود فى عقاره لو لم يسبقه من عثر على الكنز فعلا . وفى الحالة الثانية ، إذا عثر على الكنز مالك العقار نفسه فتملكه كله ، فهو يتملكه لا بحكم الالتصاق فهذه ليست حالة من حالاته ، ولا بحكم الاستيلاء فالكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا ، ولكن بحكم القانون (٢) . فقد رأى المشرع الفرنسى أن صاحب الشأن فى الكنز هو صاحب العقار وحده ، فهو الذى يملك العقار ، وهو الذى عثر على الكنز ، ومن ثم لا يوجد أحد يزاحمه فكان له الكنز كله (٣) .

وأما القانون المصرى فقد أغفل جانب من عثر على الكنز أصلا ، فلم يجعل له أى نصيب فى الكنز . وقد يفسر ذلك بأن من عثر على الكنز إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة ، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث . فإن عثر عليه مصادفة ، فليس له فضل فى العثور عليه ولا يستحق شيئا من أجل ذلك ، وهو لا يستطيع أن يتملك الكنز بالاستيلاء إذ الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا . وإن عثر عليه بناء على تكليف

---

(١) ويكفى للعثور على الكنز أن يكشف عنه الشخص ولو لم يستحوذ عليه ، بل ولو كشف عن بعض الكنز لا عنه كله ، ولو لم يكن قد أدرك لأول وهلة أن الذى كشف عنه هو كنز (ديمولومب ١٣ فقرة ٥٤ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ – مارتى ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٩) . ولو أن طائفة من العمال كانوا يحفرون معاً ، وكشف أحدهم عن كنز وهو يحفر ، لاعتبر أنه هو وحده الذى عثر على الكنز (ديمولومب ١٣ فقرة ٥٥ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ – ص ٣٤٢ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٤

(٣) أو قل إن مالك العقار يملك نصف الكنز باعتبار أنه هو الذى عثر عليه ، ويملك النصف الآخر باعتبار أنه هو مالك العقار ، وهو يملك كلا من النصفين بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ولا بحكم الالتصاق

المالك إياه بالبحث ، فهو إنما كان يعمل لحساب المالك ، ومن ثم لا يكون له حق فى الكنز ، والمالك يجزيه طبقاً لما عسى أن يكون قد تم بينهما من اتفاق ، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب [١] .

وما دام القانون المصرى قد أغفل جانب من عثر على الكنز ، فلا يبقى أمامه إلا مالك العقار الذى وجد فيه الكنز . وعلى ذلك جعل القانون المصرى الكنز كله لهذا المالك ، سواء كان هو الذى عثر على الكنز أو كان شخص آخر هو الذى عثر عليه . فإذا كان هو الذى عثر على الكنز فإنه يملكه ، لا لأنه هو الذى عثر عليه فقد قدمنا أن من عثر على الكنز لا حق له فيه ، ولا لأنه تملك الكنز بالاستيلاء فقد قدمنا أن الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء . وإنما يتملكه بحكم القانون وحده [٢] . فقد رأى المشرع المصرى أنه ما دام لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز فأولى الناس بالكنز هو صاحب العقار ، فقد وجد الكنز فى عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكنز حقاً أقوى من حقه . وإذا كان غير المالك هو الذى عثر على الكنز ، فإن الكنز كله يكون مع ذلك للمالك وحده . فمن عثر على الكنز ، مصادفة أو بعد بحث ، لا يكون له حق فى الكنز على الوجه الذى بسطناه . ولا يبقى إذن إلا صاحب العقار يتملك الكنز

---

(١) أما فى القانون الفرنسى حيث يكون لمن عثر على الكنز نصفه كما قدمنا ، فيصح أن يكون هذا الأخير قد بحث عن الكنز وبذل جهوداً فى ذلك . فإن كان ذلك بتكليف من المالك ، فإنه يكون قد عمل لحسابه ، وليس له حق فى الكنز . وإن عمل ذلك بغير تكليف من المالك ، فإنه يكون متعدياً إذ بحث فى أرض المالك دون إذنه ، فأولى ألا يكون له حق فى الكنز . ولكن يقع أن يكون قد بحث دون تكليف من المالك ولكن على وجه مشروع ، كأن يكون صاحب حق انتفاع فى الأرض أو يكون مستأجراً لها . ويذهب بعض الفقهاء إلى إعطائه فى هذه الحالة الحق فى نصف الكنز لأنه لم يكن يعمل لحساب المالك ، وهو أولى بنصف الكنز من شخص عثر عليه مصادفة دون بحث حيث يكون له النصف بحكم القانون (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٨) .

وأما فى مصر ، فصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، إذا عثر على كنز مصادفة أو بعد بحث ، فليس له أى حق فيه ، والكنز كله لمالك الرقبة ، وذلك بصريح النص (م ٨٧٢/١ مدنى).

(٢) إسماعيل غانم ص ٤٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١١١ ص ٢٧٩ – ص ٢٨٠ .

كله وحده ، ولا يأخذ من عثر على الكنز شيئا إلا ما يتبرع به له المالك ، أو ما يتفق معه عليه ، أو ما تخوله له دعوى الإثراء بلا سبب[1] .

وإذا كان على العقار حق انتفاع لشخص أو حق حكر أو كان لها مستأجر ، وعثر شخص على كنز فى العقار ، فإن الكنز لا يكون لصاحب حق الانتفاع ولا للمحتكر ولا للمستأجر . لأن الكنز لا يعتبر ثمارا حتى يتملكها هؤلاء[2] . ويكون الكنز كله لمالك الرقبة فى حالة صاحب

---

(١) ومالك العقار الذى يكون له الكنز هو المالك وقت العثور على الكنز . فلو أن قاصراً باع أرضاً بثمن ليس فيه غبن ، وفى اليوم التالى للبيع عثر المشترى على كنز فى الأرض ، فهو له لا للبائع القاصر . ولا يستطيع البائع القاصر أن يتمسك بأن هناك غبنا فى البيع ، فهو لم يبع إلا الأرض ولم يبع الكنز ، وليس هناك غبن فيما يتعلق ببيع الأرض (بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦٢ – Jacquez ص ١٠٢ – ص ١٠٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Trésor فقرة ٣١ – أنظر عكس ذلك باريس ٢٧ أبريل سنة ١٨٦٨ سريه ٦٨ – ٢ – ١٤١) .

وإذا باع المالك الأرض وعثر المشترى على كنز فيها ، ثم أبطل البيع أو فسخ ، فهناك رأى يذهب إلى أن الأثر الرجعى للإبطال أو للفسخ يجعل الأرض لم تخرج أصلا عن ملكية البائع ، فكان هو المالك وقت العثور على الكنز ، ومن ثم يكون الكنز له (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٦ مكررة–بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة٦٢–محمد كامل مرسى ٣ فقرة١٦) .

والأولى عدم إعمال الأثر الرجعى – وهو مجرد مجاز قانونى – إلى هذا الحد ، والتسليم بأن المالك فعلا وقت العثور على الكنز كان هو المشترى لا البائع ، فيكون له الكنز (أنظر فى هذا المعنى Jacquez ص ١٠٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Trésor فقرة ٣٢ : يكون للمشترى فى هذه الحالة ، طبقاً لأحكام القانون الفرنسى ، نصف الكنز باعتبار أنه هو المالك والنصف الآخر باعتبار أنه هو الذى عثر على الكنز) .

(٢) فهو شىء مستقل عن العقار ، لا هو من ثماره ولا هو من منتجاته (بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٤ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Trésor فقرة ٢٣) . وينبنى على ذلك أنه إذا كان العقار الذى عثر فيه على الكنز مرهوناً ، لم يمتد الرهن إلى الكنز لأنه لا يعتبر من ملحقات العقار المرهون (بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦٤ – وقارن شفيق شحاته فقرة ٧٦ .فقرة ٢٠٥ ويعتبر الكنز من ملحقات العقار – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٠ ص ٢٧ وفقرة ١٨ ص ٢٧ – ص ٢٠ وص ٢٩ ويعتبر الكنز من توابع العقار وملحقاته – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢ ص ٤١٨ ويعتبر الكنز تابعاً للعقار – حسن كيرة ص ٨٣) – وإذا باع شخص بناء على أن يهدم المشترى هذا البناء ويأخذه أنقاضاً وتبقى الأرض للبائع ، ثم وجد كنز فى البناء ، فالكنز للبائع صاحب الأرض لا للمشترى صاحب البناء (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٨ – لوران ٨ فقرة ٤٤٨ – كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٤ – عكس ذلك بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦١) .

حق الانتفاع ، أو للمحكر فى حالة صاحب حق الحكر ، أو للمالك فى حالة المستأجر . ونص التقنين المدنى صريح فى هذا المعنى ، إذ تقول المادة ٨٧٢ / ١ مدنى سالفة الذكر : « الكنز ... يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » . ويسرى هذا الحكم ، ويكون الكنز كله لمالك الرقبة أو للمحكر أو للمالك ، حتى لو كان من عثر على الكنز ، مصادفة أو بعد بحث ، هو صاحب حق الانتفاع أو المحتكر أو المستأجر[١] ، فقد قدمنا أن العثور على الكنز لا يخول من عثر عليه ، فى القانون المصرى ، أى حق فى الكنز .

وإذا كان العقار الذى عثر فيه على الكنز عينا موقوفة[٢] لا مالك لها ، فالكنز يكون لمن كان مالكا للعقار عند وقفه ، وهذا المالك لا بد أن يكون هو الواقف ، وهو لا عكن أن يكون قد وقف الكنز ، فبقى على ملكه . ومن ثم يكون الكنز كله للواقف إذا كان لا يزال حيا ، أو لورثته إذا كان قد مات[٣] .

وإذا كان العقار ملكا للدولة، سواء كانت ملكيتها للعقار ملكية عامة أو ملكية خاصة بما فى ذلك ملكية الأراضى غير المزروعة والأراضى الصحراوية، فالكنز يكون هنا أيضا للمالك ، ومن ثم يكون الكنز كله للدولة[٤] .

---

(١) أو كان حائزاً للعقار حتى لو كان حسن النية (بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٥٧ ص ٤٥) .

(٢) والوقف هنا يكون وقفاً خيرياً بعد أن ألغى الوقف الأهلى .

(٣) استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٥ ص ٥٢ – مصر استئنافى ٥ مارس سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٨ ص ١١٥ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٢ – شفيق شحاتة فقرة ٢٠٦ – وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٢ مدنى يجعل الكنز الذى يعثر عليه فى أرض لا مالك لها ملكاً لمن عثر على الكنز ، فحذف هذا الحكم فى لجنة المراجعة (أنظر آنفاً ص ٢٨ هامش ٣ – وانظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ هامش ١) . وهناك رأى يذهب إلى أن الجبال والمغاور لا تعتبر ملكاً للدولة ، فمن عثر على كنز فى مغارة أو كهف فى الجبل أو فى الصحراء البعيدة عن العمران ، فإنه يتملكه بالاستيلاء ، ولا يكون الكنز ملكاً للدولة (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٨) . ويلاحظ ، إلى جانب أن الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء ، أن الجبال والمغاور والكهوف والصحراء البعيدة عن العمران شأنها جميعاً شأن الأراضى غير المزروعة وسائر الأراضى الصحراوية ، مملوكة كلها للدولة ، فالكنز الذى يعثر عليه فيها يكون ملكاً للدولة .

وإذا عثر على الكنز فى منقول ، كان الكنز لمالك هذا المنقول ، سواء كان مالكا للعقار الذى يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له [١] .

وقد فرضنا فى كل ما تقدم أنه لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز ، ولذلك أعطى الكنز لمالك العقار الذى وجد فيه . فإذا وقع أن ظهر مالك الكنز بعد ذلك ، واستطاع أن يثبت ملكيته له [٢] ، فإنه يستطيع أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الاستحقاق ، طبقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن . ولا يسقط حق مالك الكنز بالتقادم المسقط ، فإن دعوى الاستحقاق ولو فى المنقول لا تسقط بالتقادم . وهناك رأى يذهب إلى أن مالك العقار الذى وجد فيه الكنز يكون قد حاز الكنز وهو منقول بحسن نية معتقدا أنه قد أصبح مالكا له ، ومن ثم تسرى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ولكن الكنز يعتبر فى حكم المفقود فيكون لمالكه حق استرداده فى خلال ثلاث سنوات من وقت فقده أى من وقت حيازة مالك العقار للكنز [٣] . ولكن الرأى الراجح هو أن مالك العقار الذى حاز الكنز لا يمكن أن تكون حيازته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغى أن يعلم أن للكنز مالكا من حقه أن

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) ويجوز له الإثبات بجميع الطرق ، وتدخل فى ذلك البينة والقرائن (ديمولومب ١٣ فقرة ٣٩ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٣) . كما يجوز للورثة المتعاقبين لمالك الكنز أن يثبتوا أن الكنز كان ملكاً لمورثهم دفنه أو خبأه منذ زمن طويل ، وقد آلت إليهم ملكيته بطريق التوارث على التعاقب . ولكن لا يكفى فى فرنسا حيث لمن عثر على الكنز نصفه أن يثبتوا أن ملكية العقار الذى عثر فيه على الكنز قد آلت إليهم بطريق التوارث ، بل يجب أن يثبتوا ، ليستأثروا بكل الكنز ، أن الكنز نفسه كان مملوكاً لمورثهم وأنه هو أيضاً العقار الذى عثر عليه فيه آل إليهم بطريق التوارث أو الوصية (باريس ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥١–١٤٤– نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٥ داللوز ١٩٥٦ . Sonm. ٢٧ – وقارن السين أول يونيه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ – ٣٥٠ . وكل هذه الأحكام صدرت فى قضية شهيرة عرفت بقضية كنز شارع Mouffetard : مازو ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ١٢٦٠ – مارتى ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٧ – كاربونييه ص ٢٧٦ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Trésor فقرة ١١) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦ .

يسترده ، هذا إلى أنه ليس لديه سبب صحيح (فيما يتعلق بالقانون المصرى) . ومن ثم يكون لمالك الكنز أن يسترده من مالك العقار فى أى وقت ، لا فى خلال ثلاث سنوات فقط ، هذا ما لم يتملك مالك العقار الكنز بالتقادم الطويل[١] . أما إذا باع مالك العقار الكنز لمشتر حسن النية فإن المشترى يملكه بالحيازة ، ولا يستطيع مالك الكنز أن يسترده حتى فى خلال ثلاث سنوات لأن الكنز لا يعتبر مفقودا ولا مسروقا[٢] .

١٢ ـ اللقطة (الأشياء الضائعة) : رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى تنص على أن « الحق فى .. اللقطة .. تنظمه لوائح خاصة »[٣] . واللقطة هى الشىء الضائع يفقده صاحبه ولا يعثر عليه ، فيعثر عليه شخص آخر ويلتقطه . وقد قدمنا[٤] أنه يجب التمييز بين اللقطة والأشياء المتروكة ، فاللقطة ضاعت من صاحبها ففقد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها فبقى مالكا لها ولا تكون محلا للاستيلاء . أما الأشياء المتروكة فقد تخلى صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معا فأصبحت غير مملوكة لأحد . والقرائن تميز بين اللقطة والأشياء المتروكة . فإذا وجد شخص فى قطار بقايا طعام وزجاجات فارغة ، كان من حقه أن يفترض أن هذه أشياء متروكة تخلى عنها أصحابها ، بعد أن أصابوا من الطعام كفايتهم وبعد أن شربوا ماكانت الزجاجات الفارغة تحتويه . فتسرى أحكام الأشياء المتروكة ويجوز تملكها بالاستيلاء . أما إذا وجد فى القطار حقيبة تدل الظواهر على أنها لمسافر نسيها ، فإن القرائن تدل فى هذه الحالة على أن الحقيبة ليست شيئا متروكا ولم يتخل صاحبها عن ملكيتها ، ومن ثم تسرى

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٦ – ص ٢٧ – وقرب أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٤ هامش ٣٩ .

(٢) بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ ص ٣٧ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨ ص ١٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٠ .

عليها أحكام الأشياء الضائعة ويكون الاستيلاء عليها بنية تملكها في حكم السرقة(١) .

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكنز . فهما يتفقان في أن كلا منهما لم يتخل صاحبه عن ملكيته ، فلا يعتبر شيئا لا مالك له ولا يكون محلا للاستيلاء(٢) . ويتفقان كذلك في أن كلا منهما ، ولو أن له مالكا ، إلا أن هذا المالك وقت العثور على الشيء غير معروف . ولكنهما يختلفان في أن اللقطة منقول ظاهر أمام الناس ، فهو إما ملقى على قارعة الطريق ، أو باد للعيان فوق رف أو على درج ، أو باق في مكانه الظاهر في قطار أو في سيارة للأجرة أو نحو ذلك . أما الكنز فقد قدمنا أنه منقول غير ظاهر للعيان ، فهو إما مدفون أو مخبوء . ويغلب أن يكون الكنز شيئا ثمينا ، ولذلك دفن أو خبيء . أما اللقطة فيحتمل أن تكون محدودة القيمة ، ولكن يحتمل أيضا أن تكون ذات قيمة كبيرة كجوهرات أو مقدار كبير من النقود . ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقي للكنز أبدا ، إذ يكون قد دفن الكنز أو خبأه منذ مدة طويلة ولا يعرف ذووه مكانه . أما اللقطة فاحتمال التعرف على صاحبها أقرب ، إذ يكون غالبا قد فقدها منذ مدة قريبة ولم ينقطع عن السؤال والبحث عنها .

ولا يتحقق ضياع الشيء من مالكه إلا إذا خرج من حوذته تماما ، ولم تعد له سيطرة عليه . فحفظة النقود التي ينساها صاحبها في منزله لا تكون لقطة ، فإذا عثر عليها أحد الخدم وجب عليه إرجاعها لمخدومه ولا حق له في العشر .

ونخلص مما تقدم أن اللقطة منقول له مالك(٣) ، ولذلك لا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء كما سبق القول ، وإنما عولجت هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، لأن اللقطة وإن كان لها مالك إلا أن هذا المالك

---

(١) محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٦ ص ٢٣ .

(٢) ولكن اللقطة قد ضاعت من صاحبها فلم يعد يعرف أين توجد ، أما الكنز فإن صاحبه يعرف بداهة المكان الذي دفنه فيه أو خبأه .

(٣) قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٤٤ وفقرة ٣٢٥١ .

غير معروف ، فهى تقرب من المنقول الذى ليس له مالك . وهذا هو نفس التبرير الذى قدمناه فى معالجة مسألة الكنز بين مسائل الاستيلاء[١] .

ولما كانت اللقطة لا تصلح أن تكون محلا للاستيلاء لأن لها مالكا ، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء . فمن عثر عليها وأحرزها بنية تملكها لا يتملكها ، بل يعتبر فى حكم السارق لأنه يعلم أنها لقطة لها مالك[٢] .

وقد رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى تقضى بأن الحق فى اللقطة تنظمه لوائح خاصة . وقد صدرت فعلا لوائح كثيرة وأوامر إدارية تحدد المدة التى تحفظ فى خلالها الأشياء الضائعة ، وتنظم كيفية التصرف فى هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المدة ، وحفظ ثمنها لحساب المالك ، ومتى تؤول هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لتسلمها .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١ .

(٢) وفى فرنسا توجد قوانين قديمة تنظم ملكية الأشياء الضائعة فى البحر (épaves maritimes) وفى الأنهار (épaves fluviales) وغير ذلك من الأشياء الضائعة (épaves terrestres) . كما توجد قوانين ومراسيم تنظم حالات خاصة ، من ذلك الأشياء التى تودع أقلام كتاب المحاكم والبضائع التى تترك فى الجمارك والمنقولات التى يعهد بها إلى أمناء النقل والمبالغ التى تدفع لمصلحة البريد والأمتعة التى تترك فى الفنادق وغير ذلك . وتوجد أيضاً لوائح تنظم ملكية الأشياء الضائعة فى معظم المدن الفرنسية . وتقضى هذه القوانين واللوائح بوجه عام ، فى غير الأشياء الضائعة فى البحر وفى الأنهار التى تؤول ملكيتها للدولة ، بأن من يعثر على شىء ضائع يجب عليه التبليغ عنه وإيداعه ، وإلا عد فى حكم السارق (نقض فرنسى جنائى ٣ يناير سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٢ – ١ – ٤٤٢ – جارسون فى التعليقات على التقنين الجنائى جزء أول فقرة ٤١٧ وما بعدها ص ١١٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص٦٢٣) . فإذا لم يعرف صاحب الشىء الضائع فى مدة معينة ، أعطى الشىء لمن عثر عليه .

ولكن من عثر على الشىء الضائع لا يتملكه بالاستيلاء ، لأن له مالكا وإن كان غير معروف ، فلا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء . وإنما يتملكه بالتقادم الطويل إذا كان لم يبلغ وعنه لم يودعه ، بل حبسه عنده واستمر حائزاً له . فهو إذا كان فى هذه الحالة يعد فى حكم السارق ، فإن هذا لا يمنع من تملكه الشىء الضائع إذ أن السارق يتملك الشىء المسروق بالتقادم الطويل (بودرى وتيسييه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . أما إذا كان من عثر على الشىء الضائع قد بلغ عنه وأودعه ثم رد إليه بعد انقضاء المدة المحددة ، فإنه يكون فى حكم الحائز للمنقول بحسن نية ، ولما كان المنقول ضائعا فإن المالك يستطيع أن يسترده فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٥ وفقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) .

ونقف من هذه التشريعات عند الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ ، فهو أهمها وأكثرها شمولا . ويقضى بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب عليه أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمد فى القرى ، وأن يسلمه . فإذا لم يطالب به مالكه . بيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه . أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى ، بواسطة الإدارة . ويصح تقصير الميعاد الذى يتم فيه البيع . إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر الثمن . يتملكه لا بحكم الاستيلاء فإن الشيء الضائع لا يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا ، بل بحكم القانون (١) . وتحتفظ الإدارة بباقى الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فاذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه . فإنه يؤول إلى الدولة . وإذا آل الثمن إلى الدولة بعد ثلاث سنوات ، فإنما يكون ذلك أيضا بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء . ولا يصح أن يقال إن مدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التى لا يستطيع بعد انقضائها مالك الشيء الضائع استرداده من الحائز حسن النية ، فان الإدارة تعلم أن الثمن ناتج من بيع شى غير مملوك للدولة ، فلا يسرى هذا الحكم عليها .

أما إذا احتفظ من عثر على الشيء الضائع به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ، فإن تشريع سنة ١٨٩٨ يقضى بحرمانه من حقه فى العشر ، وبعقوبته بغرامة لا تزيد على مائة قرش . وهذا الجزاء إنما هو جزاء على عدم التبليغ عن الشيء الضائع وعدم تسليمه فى الميعاد . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه . سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو جدت بعد ذلك . فانه يكون فى حكم السارق . وبهذا يقضى الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والسابق الإشارة

---

(١) أنظر قريباً من هذا المعنى كولان وكابيتان ودىلا موراندىير ١ فقرة ١١٣٦ .

إليه ، فإن المادة الأولى منه تقضي بأن من عثر على الشيء أو الحيوان الضائع ، إذا كان قد حبسه وكان الحبس مصحوبا بنية امتلاكه بطريق الغش ، تقام عليه الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة[1] . وهذا لا يمنع من أنه إذا عثر شخص على شيء ضائع واحتفظ به بنية تملكه ، وظل حائزا له مدة خمس عشرة سنة ، فإنه يتملكه بالتقادم الطويل[2] . فاذا لم تتكامل مدة التقادم ، جاز لمالك الشيء الضائع أن يسترده من تحت يد من عثر عليه . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقت ضياع الشيء (م ٩٧٧ مدنى) . فذلك لا يجوز إلا إذا كان حائز المنقول حسن النية ولديه سبب صحيح . وهنا حسن النية منتف فإن من عثر على الشيء يعلم أنه غير مملوك له[3] ، وكذلك واقعة العثور على الشيء الضائع لا تعتبر سببا صحيحا . ولكن إذا باعت جهة الإدارة الشيء الضائع بالمزاد العلني بعد سنة من تسليمه ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يشترط في جريمة تملك الشيء الضائع أن تكون نية التملك معاصرة للعثور على الشيء . وإنما يصح أن تنشأ بعد ذلك فتتوافر بها أركان الجريمة (نقض جنائي ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٢٠٤ ص ٣٩٥) . وقضت أيضاً بأن جريمة اختلاس الشيء الضائع تتحقق ولو لم تكن المدة المحددة للتسليم أو التبليغ قد مضت ، متى وضحت نية التملك (نقض جنائي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٤ رقم ٩٥ ص ١١١) . وانظر دائرة النقض في محكمة الاستئناف ٢٦ يونيه سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص ٩٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة عرضية ، كما إذا ترك النزيل بعض أمتعته في الفندق فيكون صاحب الفندق مودعاً عنده ويكون ملتزماً بموجب عقد الوديعة برد الشيء المودع إلى صاحبه ، فإن هذه الحيازة لا تصلح أساساً للتملك بالتقادم . ولكن يستطيع صاحب الفندق أن يتمسك بالتقادم المسقط ، إذا انقضت خمس عشرة سنة دون أن يطالب مالك الأمتعة برد أمتعته ، فإن التزام صاحب الفندق بالرد يكون قد سقط بالتقادم (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ – وقارن كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ ص ٨٨٥) . ولكن الذي يسقط هنا هي الدعوى الشخصية بالرد ، لا دعوى الاستحقاق فإن هذه الدعوى الأخيرة لا تسقط بالتقادم .

(٣) بودري وتيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ – كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٣٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ – وقرب أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ هامش ٤٩ .

فإن من رسا عليه المزاد يستطيع أن يدفع دعوى استرداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فاذا لم تنقض هذه المدة كان للمالك أن يسترد الشيء الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزاد ، ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقى الثمن الذى أودع لحسابه بعد استنزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع (١).

١٣ — *الأشياء الأثرية* : وتنص المادة ٨٧٣ مدنى أيضا ، كما رأينا(٢) ، على أن « الحق فى . . . الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » . وكان ينظم الآثار القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربى . ثم ألغى هذان القانونان وحل محلهما القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ، وهو القانون الذى ينظم الآثار الآن فى مصر . وبموجب هذا القانون الأخير يعتبر أثرا كل عقار أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان والأخلاق وغيرها فى عصر ما قبل التاريخ وفى العصور التالية إلى نهاية عصر إسماعيل ، ويعتبر كذلك كل عقار أو منقول يكتشف فى مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال بمصر فى عصر من العصور المشار إليها . كما أنه يعتبر أثرا كل عقار أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية فى حفظه وصيانته ، حتى لو كان يرجع إلى عهد بعد عصر إسماعيل ، بشرط أن يتم تسجيله طبقا للأوضاع التى ينص عليها قانون الآثار . ويعتبر فى حكم الآثار الأراضى المملوكة للدولة التى اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات

---

(١) وكذلك إذا باع المنقول من عثر عليه لمشتر حسن النية ، فإن حق المالك فى استرداد المنقول يسقط بثلاث سنوات ، وإذا استرده فى خلال هذه المدة فقد يلتزم برد الثمن إذا وجد فى حالة من الحالات التى توجب ذلك .

ولا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامح ، فمن يكبح جماح حيوان لا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة ، ولا يأخذ عشر قيمة الحيوان ، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر شيئاً ضائعاً الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فمن يستولى عليها فى فترة انطلاقها بنية تملكها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستولى عليها يعد فى حكم السارق (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٨ .

أو بمقتضى قرار يصدره وزير التربية والتعليم بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد ، وكذلك الأراضى المملوكة للأفراد التى تنزع الدولة ملكيتها لأهميتها الأثرية (١) .

ويتبين من ذلك أن الآثار قد تكون عقارا أو منقولا ، فهى بذلك تختلف عن الكنز واللقطة اللذين لا يكونان إلا منقولا . وتختلف عن اللقطة فى أن الآثار تكون فى أغلب الأحيان مدفونة أو مخبوءة فى باطن الأرض ، أما اللقطة فتكون كما قدمنا منقولا ظاهرا أمام الناس . وإذا كانت الآثار تشترك مع الكنز فى أن كلا منهما مدفون أو مخبوء ، إلا أن الآثار ليست فحسب شيئا له قيمة كالكنز ، بل هى فوق ذلك شىء من طبيعة خاصة ، فهى نتاج الحضارات المتعاقبة التى توالت على مصر أو الحضارات الأجنبية التى كان لها اتصال بمصر وتقتضى المصلحة القومية حفظه وصيانته . ويرى من ذلك أن الأصل فى الآثار أن تكون أموالا لا مالك لها ، فهى مخلفات العصور الخالية وقد تركها أصحابها إلى غير مالك . ولكن لما كانت الآثار لها قيمة كبرى ، وأهمية بالغة من ناحية التاريخ والحضارة والمصلحة القومية ، فإنها لذلك لا تترك سائبة يأخذها أول

---

(١) وتنص المادة ٢ من قانون الآثار على أنه «يعتبر فى حكم الآثار الأراضى المملوكة للدولة التى اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات ، أو بمقتضى قرار يصدره وزير المعارف العمومية بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد الوطنى» .

وقد قضت محكمة النقض بأن كل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قراراً من هذا القبيل لا يمكن – فى علاقة الحكومة بالجمهور – أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة . وإذن فلا يكفى لاعتبار الأرض أثرية غير ممكن اكتسابها بوضع اليد بمضى المدة ، لا مجرد صدور خطاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك ، ولا وصفها بأنها أثرية فى قوائم المساحة والتحديد (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣١ ص ٦١١) . وقضت أيضاً بأن حكم المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار ليس مقصوراً على الأراضى التى تقرر الحكومة بعد صدوره أنها أثرية ، بل يتناول أيضاً – كما هو صريح نصها – الأراضى التى سبق أن قررت الحكومة ، أى مجلس الوزراء أو الوزير المنوط به تنفيذ قانون الآثار ، أن لها هذه الصفة . فالقرار الصادر من وزير الأشغال ، قبل صدور قانون الآثار ، باعتبار أرض معينة أرضاً أثرية يكفى لينسحب عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون ، ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون سابق (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٤٠) .

من يستولى عليها تطبيقا لقواعد الاستيلاء ، فقد أخرجها القانون من هذا النطاق ، وقرر من القواعد ما يكفل حفظها وصيانتها حتى تنتقل إلى الأجيال اللاحقة كما وصلت إلينا من الأجيال السابقة . وجعلها القانون فى الأصل من الأملاك العامة للدولة ، إلا ما نص على أن يكون ملكا خاصا[1] . وعلى ذلك خرجت الآثار من أن تكون أموالا لا مالك لها إلى أموال لها مالك ، وهذا المالك هو الدولة فى الأصل تملك الآثار ملكية عامة لا ملكية خاصة ، ويجوز أن يتملك الأفراد بعض الآثار ملكية خاصة كما سيجىء . فالآثار إذن لا تكون محلا للاستيلاء ، كما لا يكون محلا للاستيلاء الكنز واللقطة فيما رأينا . وكل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو فى باطنها لا يجوز له الاستيلاء عليه ، ويجب أن يبلغ عنه فى الحال وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه الجهة المختصة ، وإلا اعتبر مستوليا على أثر بغير ترخيص ، ووقعت عليه العقوبة المنصوص فى المادة ٣٠ من قانون الآثار . أما إذا كان العثور على الأثر قد وقع فى أرض لم يتقرر أنها أثرية ، ولو كانت هذه الأرض مملوكة لمن عثر على الأثر ، فإن الأثر يبقى من الأملاك العامة ، ولمن يبلغ عنه أو يسلمه فى الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختص مكافأة تقدرها لجنة خاصة يكون قرارها نهائيا وغير قابل للطعن أمام أية جهة أخرى .

وتنص المادة ٧ من قانون الآثار على أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثا عن الآثار ، ولو كانت الأرض مملوكة لهم ، إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية ، بعد أخذ رأى المصلحة . وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الآثار ليست جميعها عامة ، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصلا وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه معه لعدها من المنافع العامة ، ومنها ما تملكوه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصه للمنافع العامة مما يعتبر من الآثار غير المملوكة للحكومة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

والآثار التى تعتبر من الأموال العامة ، وهذا هو الأصل فيها كما قلمنا ، ترد عليها ، نظرا لصفتها هذه ، القيود الآتية : (١) لا يجوز هدمها أو نقلها أو تجديدها أو ترميمها أو تغييرها على أى وجه كان بغير ترخيص سابق من وزير المعارف العمومية بعد موافقة لجنة تسجيل الآثار ، ويكون إجراء الأعمال المرخص بها تحت إشراف المصلحة المختصة التى يكون لها أن تباشر فى أى وقت على نفقتها ما تراه من الأعمال لازما لصيانة الأثر . (٢) لا يجوز التصرف فى الآثار [١] ، ولا الحجز عليها ، ولا ترتيب حقوق ارتفاق تعاقدية على العقار الذى به الأثر ، فلا يجوز فتح منافذ أو مطلات على مبان أو أسوار أو أرض أثرية ، بغير ترخيص من المصلحة المختصة ، وإلا كان لها حق الالتجاء إلى القضاء المستعجل لإزالة ذلك على حساب المخالف ، كما لا يجوز المرور على هذه المبانى أو الأسوار أو الأراضى . ويجوز أن تترتب حقوق ارتفاق قانونية (قيود قانونية) إذا كان لا ينشأ عنها ضرر للأثر ذاته . (ثالثا) لا يجوز كسب أى حق على الآثار بالتقادم . (رابعا) لا يجوز أن تنزع للمنفعة العامة ملكية الأراضى أو العقارات التى بها الأثر أو المتاخمة له ، إلا بعد موافقة وزير المعارف العمومية ولجنة تسجيل الآثار [٢] .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار ، على سبيل الحصر ، الآثار التى تعتبر مملوكة ملكية خاصة ، وهذه هى : (١) الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار فى المجموعات الخاصة أو فى حيازة تجار العاديات .

---

(١) ولا يجوز تملكها بأى سبب من أسباب كسب الملكية . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثرى لا يجوز التبايع فيه ، بل بيعه وشراؤه باطلان ، وللحكومة أن تتقاضى من يوجد هذا التمثال فى حيازته مهما كانت حسنيته لتسترده منه بغير تعويض تدفعه له أو ثمن ترده إليه . وليس له أن يحتج بنص المادة ٨٧ مدنى (قديم) ، لأن المقرر قانوناً أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لا ترد مطلقاً على الأملاك العامة (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥) .

(٢) ولا يجوز أخذ سباخ أو أتربة أو غيرها من الأراضى أو الأماكن الأثرية ، إلا بترخيص من المصلحة المختصة وتحت إشرافها (م ١٢ من قانون الآثار) .

(٢) الآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة له طبقا لأحكام القانون . (٣) الآثار التي تعطيها الحكومة بطريق البدل أو تتصرف فيها بالبيع أو التنازل طبقا للمادة ٥ من قانون الآثار التي تجيز تبادل الآثار المنقولة المكررة أو بيعها أو التنازل عنها ، وذلك بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على طلب وزير المعارف وبعد موافقة المصلحة المختصة . (٤) الآثار المستوردة من الخارج لحساب المستورد ، كالتحف واللوحات الفنية التي ابتدعها فنانو الغرب في العصور الحالية . (٥) آثار العصر المسيحي وماتلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ، ويكون قد تم تسجيلها وفقا للأوضاع القانونية دون أن تنزع الدولة ملكيتها[1] . (٦) الآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغنى عنه .

هذا وقد أورد قانون الآثار قيودا متعددة على الملكية الخاصة للآثار تقررت للمصلحة العامة : وقد سبق بيانها عند الكلام في قيود الملكية الواردة للمصلحة العامة[2] .

١٤ – التركة التي لا وارث لها : إذا مات إنسان ولم يترك وارثا ، ففي الشريعة الإسلامية تؤول تركته إلى بيت المال . وقد قدمنا ، عند الكلام في الأشياء الخاصة المملوكة للدولة[3] ، أن بيت المال تمثله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأمر العالي الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ بإنشاء لجنة حفظ الآثار القديمة العربية قد بين على سبيل الحصر أعمال هذه اللجنة فيما نص عليه في المادة الثانية منه ، والمفهوم من هذا النص أن هذه الأعمال مقصورة على الآثار العامة . وليس في هذا النص ولا في باقي مواد الأمر العالي المذكور ما يفيد أن أعمال تلك اللجنة تتناول الآثار غير المملوكة للحكومة . فإذا حصل أن قامت اللجنة بتسجيل أثر من الآثار غير المملوكة للحكومة ، فإن هذا التسجيل لا يمكن أن يترتب عليه أي حق للحكومة قبل صاحب الأثر . أما القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربي ، فالمفهوم من نصوصه أنه يجب لتسجيل الأثر أن يصدر قرار بذلك من وزير المعارف ، وأن يعلن هذا القرار لصاحب العقار لكي يترتب عليه حق الارتفاق ، وليكون الإعلان مبدأ لمدة السنة المقررة لسقوط حق المطالبة بالتعويض . وإذن فإذا كان قرار التسجيل لم يعلن لصاحب العقار ، فلا يبدأ سقوط الحق في المطالبة (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٤٠٠ .

(٣) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٧٩ .

الآن خزانة الدولة ، فتكون التركات التى لا وارث لها ملكا خاصا للدولة . وتؤول التركة إلى الدولة ، لا باعتبارها تركة موروثة ، بل باعتبارها مالا لا مالك له [١] .

وكان مقتضى أن التركة التى لا وارث لها تعتبر مالا غير مملوك لأحد ، أن أموال هذه التركة يجوز تملكها بالاستيلاء ، شأنها فى ذلك

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن وزارة المالية ، وإن كانت تمثل بيت المال ، لا تعتبر شرعاً وارثة . لأنه وإن نص شرعاً على أن بيت المال يأتى فى الدرجة الأخيرة (العاشرة) من المستحقين للتركة ، فإن معنى ذلك أن بيت المال يكون أميناً بوضع المال تحت يده ليصرف فى مصارفه الشرعية . فإن لم يوجد أحد من الورثة ، تودع التركة فى بيت المال على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين . وعلى كل حال فإن بيت المال لا يحوز هذه التركة بطريق الإرث (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢١ ص ٢٢٣). وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال الذى حلت محله وزارة المالية . وإن عد فى المادة ٥٨٤ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا مستحقاً للتركات التى لا مستحق لها ، إلا أنه ليس معتبراً فى نظر علماء الشريعة الإسلامية وارثاً . ولما كان إنكار الوراثة الذى يستدعى استصدار حكم شرعى يجب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الوراثة (المواد ٣٥٥ - ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩٣١) ، ومتى ثبت أن بيت المال غير معتبر شرعاً وارثاً ، فإنه لا يصلح خصماً فى دعوى الوراثة ، ولا يجوز لوزارة المالية بالتالى إنكار الوراثة على أحد ممن يدعيها إنكاراً يستدعى استصدار حكم شرعى ، لأنها أمينة فقط على مال من لا وارث له . ويمكن لمن يدعى استحقاقه لمال تحت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعى (نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٥) . وانظر آنفاً فى هذا المعنى نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٣ - وانظر استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨٠ (لا تعتبر التركة شاغرة يستحقها بيت المال إذا كان المورث قد أوصى لأشخاص مقيمين فى الخارج) .

وانظر فى النتائج التى تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لا وارث له الوسيط ٨ فقرة ٧٩ - ومن بين النتائج التى تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً أنها تستحق التركة التى لا وارث لها الموجودة فى مصر ، حتى لو كان صاحب التركة أجنبياً غير مسلم (مستخلص من حكم استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٠٦م ٥٩ ص ٥٦) . ذلك لأن مال أهل الذمة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو للدولة ، ولو كانت الدولة وارثاً لما ورثت من غير المسلم (الوسيط ٨ فقرة ٧٩ ص ١٥٨) .

شأن الأموال التى تصبح دون مالك بعد أن كان لها مالك من قبل . ولكن المشرع أخرج التركات التى لا وارث لها من نطاق الاستيلاء ، لأهميتها وتطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وجعل ملكية هذه التركات للدولة . فتمتلك الدولة ، بمجرد وفاة المالك دون وارث ، تركته ، وذلك قبل أن تضع يدها على التركة ، لأنها تتملكها بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث على ما يأتى : « تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتى يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم »[1] . وإذا ظهر وارث بعد ذلك ، أو أى شخص آخر له حق فى التركة كدائن للمتوفى ، فإن له أن يرجع بحقه . ولكن هذه الحقوق كلها تسقط بالتقادم ، إذا انقضت خمس عشرة سنة من تاريخ الوفاة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون سالف الذكر على أن « ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ، ولو كان سببه الميراث ، بمضى خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث ، أيا كان تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة ، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه » .

---

(١) ولا يوجد تشريع فى شأن الأشخاص المعنوية التى تنحل دون أن يكون هناك من يرثها ويخلفها على أموالها . والواضح أن الشخص المعنوى إذا كان شركة تجارية أو مدنية ، فأصحاب الأسهم أو الحصص فيها هم الذين تؤول إليهم أموال الشخص المعنوى . وإذا كان جمعية أو مؤسسة ، ولم يوجد فى نظامها ما يبين لمن تؤول أموالها ، حولت هذه الأموال ، وفقاً للمادة ٦٨/٢ مدنى المحذوفة ، إلى الجمعية أو المؤسسة التى يكون غرضها هو الأقرب إلى غرض هذا الشخص المعنوى . أما فى فرنسا فهناك نص عام يقضى بأن الأموال التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة (م ٧١٣ مدنى فرنسى) ، ومن ثم يمكن القول بأن أموال الشخص المعنوى ، إذا لم يكن قد عين له خلف ، تكون ملكاً للدولة (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٣٠ ص ٩٢١) .

وتصفى جميع عناصر التركة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة(١) لحساب التركة ، حتى تتقرر حقوق ذوى الشأن فيها أو تنتهى مدة سقوط هذه الحقوق بالتقادم وهى خمس عشرة سنة كما تقدم . وفى حالة ظهور مستحق للتركة ، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من إجمالى الإيراد نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمالى الثمن نظير نفقات التصفية ، كما تخصم سائر المصروفات الفعلية الأخرى (٢) .

المبحث الثانى

الاستيلاء على العقار

١٥ – نص قانونى : كانت المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى :

« ١ – الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة » .

« ٢ – ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح » .

« ٣ – إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير

---

(١) فوزارة الخزانة وحدها (أى الخزانة العامة) هى المختصة بذلك ، باعتبار أنها هى بيت المال . وقد قضت محكمة النقض بأن البطريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطريركية بتسلم النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة ، الذى لا يرثها بحال ، ليسلمه لذى الحق فيه ، هو تصرف غير مشروع من شأنه ، ولا يدخل إطلاقاً فى حدود سلطتها باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام ، وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٦) .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٩ فى الهامش .

ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك »[١] .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، فنص فى المادة ٨٦ منه على أن « تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى ... » وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من النص سالف الذكر ملغاة ، ولا يبقى من النص قائما إلا الفقرتان الأوليان .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٧ / ٨٠[٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى المادة ٨٧٤ من التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة من ثلاث فقرات ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها والتى يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، فقيل إن هذه الأراضى يجوز تملكها بمجرد زراعتها أو البناء عليها ، بخلاف الأملاك الخاصة للدولة التى لا يمكن تملكها إلا بسبب من أسباب التملك فى القانون المدنى وهى محصورة فى سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وبخلاف أملاك الدولة العامة فهى غير قابلة للتملك بالتقادم أو التصرف فيها . فالأراضى غير المزروعة التى لامالك لها هى الاراضى الموات » . وقد وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٧٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٥ – ص ١٩٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٧ / ٨٠ : أما الأراضى غير المزروعة المملوكة شرعاً للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا باذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أبعادية تطبيقاً للوائح – إنما كل من زرع أرضاً من الأراضى المذكورة ، أوبنى عليها ، أوغرس فيها غراساً ، يصير مالكاً لتلك الأرض ملكاً تاماً ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها .

(وتتفق أحكام التقنين المدنى السابق مع احكام التقنين المدنى الجديد ، فيما يتعلق بالفقرتين الأولى والثانية من نص التقنين المدنى الجديد . أما فيما يتعلق بالفقرة الثالثة من هذا النص ، وهى التى حذفت بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وجوه الخلاف مابينها وبين مايقابلها من نص التقنين المدنى السابق فيما يأتى : (أ) أوجب المشروع أن يكون المستولى مصرياً ، حتى لا يتملك أجنبى أرضاً مصرية بهذا الطريق السهل . (ب) بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه –

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٣٢ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٧٨ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٠٥ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٤ – ٢٣٦[1] .

التملك فى الحال . وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً فى الاستيلاء . وهاتان المسألتان مثار لخلاف فى التقنين الحالى (السابق) وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف ، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف فى هذا الصدد باستعماله ألفاظاً واضحة صريحة .

(ج) ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى الملكية بعدم استعمال الأرض فى أثنائها ، يجب أن تكون سنين متواليات . فأصبح المستولى أقل تعرضاً لفقد ملكيته فى المشروع منه فى التقنين الحالى (السابق) الذى لا يشترط التوالى . ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ لملكيته ، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكيته باتة حتى قبل انقضاء الأربع السنوات الباقية لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ – ص ١٩٨) .

(1) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٣٢ (مطابقة للفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى . وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مصرى المحذوفة أنظر ما يقابلها فى المواد ٨٣٣ – ٨٣٥ سورى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٨ (مطابقة للفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٥ : ١ – إذا ردم عراقى جزءاً من البحر باذن الحكومة ، ملك الجزء المردوم . لكن إذا حصل على الإذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات ، بطل الإذن . ويجوز لغيره أن يردم بعد أن يحصل على إذن لنفسه . ٢ – وإذا كان الردم بغير إذن الحكومة ، صار الجزء المردوم ملكاً خاصاً للدولة ، ويباع للرادم ببدل المثل . فإن لم يقبل ، بيع لمن ترسو عليه المزايدة ، وإذا كان الرادم قد أنشأ أبنية فى الجزء المردوم ، فإنه لا يطالب إلا ببدل مثل الأرض دون الأبنية ، وإذا بيع العقار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الأرض وأعطت الباقى للرادم .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٤ : إن الإشغال يخول المشغل الأول ، بموجب رخصة قانونية من الدولة ، الحق فى أن يكون مفضلاً على سواه لاكتساب حق التصرف بالعقارات الخالية .

م ٢٣٥ : إن صاحب حق الأفضلية الذى يثبت ، بعد انقضاء ثلاث سنوات ، أنه فلح الأرض ، أو شيد فيها أبنية ، أو غرس فيها أغراساً ، أو قام باصلاحها ، وذلك ضمن الشروط المعينة فى الأنظمة الخاصة المتعلقة بأموال الدولة ، يكتسب مجاناً حق تسجيل التصرف فى القسم الذى فلحه أو غرسه أو بنى فيه أو أصلحه . بيد أنه يخسر حق التصرف إذا امتنع بعد التسجيل وفى أثناء العشر السنين التالية ، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية .

م ٢٣٦ : لا يخول الإشغال اكتساب أى حق كان على عقار سجل فى السجل العقارى أو موجود تحت إدارة أملاك الدولة ، ولا على الغابات والعقارات المتروكة المرفقة أو المحمية .

(والفروق بين القانون اللبنانى والتقنين المصرى واضحة) .

وبعد أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى سالفة الذكر ، أصبح الاستيلاء على العقار غير جائز . وقد رسم قانون سنة ١٩٦٤ ، ومن قبله القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، طريقة تملك الأراضى الصحراوية .

وعلى ذلك نبحث المسائل الآتية : (١) تحديد الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فتكون ملكا للدولة . (٢) عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٣) كيفية تملك الأراضى الصحراوية طبقا لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٤) تملك الأراضى الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدنى . (٥) حقوق الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

١٦ – تحديد الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فتكون ملكا للدولة :

جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تحديد هذه الأراضى ما يأتى : « يشمل المال المباح الأراضى غير المزروعة التى ليست ملكا عاما ولا ملكا خاصا ، وذلك كالصحارى والجبال والأراضى المتروكة . وتعتبر هذه الأراضى ملكا للدولة ، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها » . [1] وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم تنظيما شاملا العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، ويحدد أقسامها المختلفة ، فيعرض لتحديد الأراضى غير المزروعة المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى . وقد سبق أن عرضنا لأهم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ – وانظر فى أن أراضى مريوط كانت تعتبر من الأراضى المباحة التى كان يمكن تملكها بتعميرها نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٨ – وفى أن الأراضى التى كانت مملوكة أصلا لشركة أراضى المدن والضواحى وتداولتها الأيدى لاتعتبر من الأراضى المباحة نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٩ .

أحكام هذا القانون فى صدد الكلام فى الدوين الخاص للدولة[١] ، ونعود هنا لأحكام هذا القانون التى تتصل بالمادة ٨٧٤ مدنى محل البحث .

فقد قسم قانون سنة ١٩٦٤ الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة أقساما ثلاثة : الأراضى الزراعية ، والأراضى البور ، والأراضى الصحراوية ويجب استبعاد الأراضى الزراعية والأراضى البور ، عند تحديد الأراضى غير المزروعة المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى . أما استبعاد الأراضى الزراعية فواضح ، فهى أراض مزروعة بالفعل ونحن فى صدد تحديد أراض غير مزروعة . وكذلك تستبعد الأراضى البور وإن كانت تشترك فى كثير من الأحكام مع الأراضى الصحراوية ، لأن المادة ٢ (حرف ب) من قانون سنة ١٩٦٤ تعرفها بأنها « الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين » . فهى إذن فى معظمها أراض واقعة داخل الزمام ، ويبدو أن المادة ٨٧٤ مدنى لا تعرض للأراضى الواقعة داخل الزمام إذ أن هذه أراض لا يصدق عليها أنها « أراض لا مالك لها » قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤[٢] . فتبقى إذن الأراضى الصحراوية . وتعرفها المادة ٢ (حرف حـ) من قانون سنة ١٩٦٤ بأنها « الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها فى البندين السابقين » . ويبدو أنه ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ ، تكون العبرة فى تحديد الأراضى المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى بما إذا كانت الأراضى واقعة داخل الزمام أو خارجه[٣] . فالأراضى الواقعة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٨٩ – فقرة ٩٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من الإطلاع على الأمر العالى الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ أن نص المادة الثانية منه أخرج الأراضى الداخلة فى زمام البلاد من نطاق الأراضى غير المزروعة التى يجوز تملكها بالاستيلاء . وحكم هذا النص لا شك أنه يجرى سواء كانت وسيلة التملك هى الترخيص أو التعمير ، وبذلك لا ينصب التملك بالاستيلاء على الأراضى الداخلة فى الزمام أيا كانت وسيلة التملك (نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١) .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : أنظر نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١ السابق الإشارة إليه .

المشار إليها هى الأراضى التى تدخل فى نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ مدنى ، ويشمل ذلك الصحارى والجبال(١) .

وتنص المادة ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى ، بعد أخذ رأى وزير الأشغال ، المناطق التى يجوز أن تباع فيها الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه » . فالمناطق التى تباع فيها الأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها يتوخى فى تحديدها إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه . والأراضى الداخلة فى هذه المناطق هى مجال تطبيق قانون سنة ١٩٦٤ .

١٧ – عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ويؤخذ مما تقدم أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لم يعد يجوز تملك العقار عن طريق الاستيلاء ، إذ الاستيلاء يفترض أرضا لا مالك لها ، وقانون سنة ١٩٦٤ يجعل الأراضى الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة . وسنرى أن هذا القانون يجعل تملك هذه الأراضى يأتى عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين فى شرائها لاستصلاحها .

---

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٠ – وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢١ (ويذهب إلى أن المقصود بالأراضى غير المزروعة هى الأراضى الصحراوية والأراضى الرملية التى تحف ساحل البحر والجبال والأراضى البور غير المزروعة) – إسماعيل غانم ص ٥٠ (ويقول إن الرأى الراجح يذهب إلى أن الأراضى غير المزروعة تشمل كافة الأراضى غير المزروعة التى تدخل فى الدومين الخاص للدولة ، بما فى ذلك الصحارى والجبال) – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٧ (ويذهب إلى أن الأراضى غير المزروعة التى ذكرتها المادة ٨٧٤ مدنى يراد بها كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ، ولا تدخل فى الأموال العامة ولا فى أموال الدولة الخاصة ، فهى الأراضى الموات ، كالأراضى المتروكة والصحارى والجبال ، أى أنها الأراضى التى لا تدخل فى زمام المدن والقرى . ولا يدخل فى هذه الأراضى غير المزروعة طرح النهر ، لأن هذا يعتبر من أموال الدولة الخاصة ويخضع لأحكام معينة) . وانظر مادار من نقاش فى لجنة مجلس الشيوخ فى شأن الأراضى غير المزروعة التى يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، وأنها غير أملاك الدولة الخاصة المحصورة فى سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وأنها هى الأراضى الموات : آنفاً ص ٥٠ هامش ١ .

فلم يعد جائزا . بعد أن ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى على مامر . أن يعمد مصرى بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضى ، ويزرعها أو يغرس فيها أو يبنى عليها ، فيتملكها فى الحال إذا هو لم ينقطع عن تعميرها على وجه معين[1] . وإذا قيل إن الأراضى التى لا يجوز الاستيلاء عليها هى الأراضى الداخلة فى المناطق التى يتحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه[2] ، وإن الأراضى غير الداخلة فى هذه المناطق تبقى محلا للاستيلاء ، أجيب بأن الاستيلاء هنا لا قيمة له من الناحية العملية إذ المفروض أن هذه الأراضى لا يمكن انتفاعها بالرى فهى إذن لا تصلح للزراعة . وحتى او قيل إنها تصلح للتعمير عن طريق البناء ، فيبقى أنه بعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى لم يعد ممكنا تملك هذه الأراضى عن طريق التعمير

---

(١) أنظر فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ ص ٢٧٤ هامش ٢ - كذلك لا يجوز تملكها بالتقادم لأنها ملك خاص للدولة ، وملك الدولة الخاص أصبح لا يجوز تملكه بالتقادم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وقبل ذلك كان يمكن تملك الأراضى الصحراوية بالتقادم المكسب وفقاً للقواعد العامة (استئناف وطنى ١٢ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٠ ص ٤٠ - استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١م ١٤ ص ٣٨) ، وفى هذه الحالة لاحاجة إلى إذن مجلس الوزراء الذى تستلزمه أحكام الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ (استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٧ ص ٩٢ - وانظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٨ - شفيق شحاته فقرة ٢٠٨) - وقد قضت محكمة النقض بأن الأراضى المزروعة التى لا مالك لها (م ٥٧ من القانون المدنى القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالى) كانت كغيرها من أموال الدولة الخاصة تخضع لقواعد التقادم المكسب ، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذى عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى القائم واضاف حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم (نقض مدنى ٨ نوفبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١) . وقارن فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٦ هامش ٢ (ويذهب إلى جواز تملك هذه الأراضى بالتقادم فى الحدود التى استحدثها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضى الصحراوية . ومهما يكن من أمر ، فإن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يدع مجالا للشك فى أن هذه الأراضى قد أصبحت ملكاً خاصاً للدولة ، شأنها فى ذلك شأن سائر أموالها الخاصة ، فتسرى عليها جميع الأحكام المتعلقة بهذه الأموال ، ومنها عدم جواز تملكها بالتقادم).

(٢) م ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ سالفة الذكر : أنظر آنفاً ص٥٤ .

وحده . ونرى من ذلك أن الاستيلاء بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لا يرد على العقار ، وإنما يرد على المنقول وحده .

أما قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : والأدق قبل صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، فانه كان يمكن القول ، قبل حذف الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى ، إن الأراضي الصحراوية كانت تعتبر من وجه أرضا لا مالك لها . فالفقرة الأولى من المادة ٨٧٤ مدنى تصرح بأنها أراض غير مزروعة « لا مالك لها ». وإذا كانت نفس الفقرة تصرح فى الوقت ذاته بانها « ملك للدولة » ، فان هذه الملكية كانت من الضعف بحيث إنها كانت لا تحول دون الاستيلاء على الأرض دون ترخيص وتملكها فى الحال إذا أخذ هذا الاستيلاء صورة التعمير . فلم تكن هذه الأراضى إذن بمنزلة الأراضى الداخلة فى الزمام والتى تملكها الدولة ملكية خاصة ، بل كانت أرضا مباحة يملكها من يستولى عليها عن طريق التعمير . وقبل أن يستولى عليها أحد ، كانت ملكيتها تسند إلى الدولة ، وهى ملكية أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية [١] . ولذلك كان الاستيلاء يرد عليها ، لا فحسب عن طريق التعمير ، بل أيضا عن طريق الترخيص . ومن هنا جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وللاستيلاء على المال المباح طريقان : طريق الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة ، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير [٢] » .

---

(١) قرب عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ – ويلاحظ أنه عند صدور التقنين المدنى الجديد كان تملك الأراضى الصحراوية خاضعاً لنظام الترخيص طبقاً للأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، الذى مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ولما صدر التقنين المدنى الجديد ، نشب خلاف فيما إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من هذا التقنين جعلت الترخيص المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ غير ضرورى فيجوز للأفراد وضع اليد على الأراضى الصحراوية لتعميرها دون حاجة إلى ترخيص من الدولة كما يقضى صريح نص المادة ٨٧٤/٣ مدنى ، أو أن الترخيص بقى ضرورياً طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد . وبقى الخلاف –

أما الآن . بعد أن صدرت القوانين التي تنظم تملك الأراضي الصحراوية وخاصة قانون سنة ١٩٦٤ . لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضي الصحراوية ملكية ضعيفة ، بل هي قد أصبحت كما سبق

= قانونا إلى أن صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ . فقررت مذكرته الإيضاحية أن الترخيص بقي ضرورياً بالرغم من صدور التقنين المدني الجديد . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فنظم هذه المسألة تنظيماً تشريعياً في المادة ٧٥ منه ، وسنعود إلى نص هذه المادة مع مذكرتها الإيضاحية (أنظر مايلي فقرة ٢٠) .

هذا وقبل ذلك ، أي قبل صدور الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، كان قد صدر أمر عال في ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ يمنح العربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية ، بزراعتها في الشتاء على مياه الأمطار ، مع تحريم التصرف عليهم في هذه الأراضي بالبيع أو الرهن أو النزول عن حق انتفاعهم لغيرهم إلا إذا كانوا قد امتلكوا هذه الأراضي بمقتضى حجج رسمية (أنظر استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٨٧ ص ١١١ – استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٧ ص ٩٩٣ – الاسكندرية الوطنية ١٥ يونيه سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٥ ص ٧٦ – ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٩ ص ١٠٢ – ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ – وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢ ص ٣٩ – ص ٤٠) .

ثم صدر بعد ذلك أمر عال في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يجعل تملك الأراضي الصحراوية موقوفاً على إتمام إجراءات معينة . وقد أخرج هذا الأمر العالي من نطاق التملك بالطريقة التي رسمها أراضي الجزائر وشاطىء النيل وشواطىء الترع والأراضي الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقررة وسائر الأراضي الداخلة ضمن زمام البلاد . وقسم الأراضي الصحراوية بعد ذلك إلى ثلاث درجات : (أ) الأراضي غير المزروعة التي لا يترتب على استغلالها صعوبات أو مصروفات جسيمة ، ولا يجوز أن يعطى الفرد الواحد من هذه الأرض أكثر من ١٥٠٠ فدان . (ب) الأراضي المالحة والأراضي المستنقعة التي يقتضي إعدادها للزراعة مصروفات كثيرة . (ج) الأراضي المعروفة بالبراري التي يترتب على استغلالها مصروفات باهظة ، فضلا عن التكاليف التي يقتضيها إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك . فأراضي الدرجة الأولى تعفى من الأموال مدة لا تجاوز ثلاث سنوات ، وأراضي الدرجة الثانية تعفى مدة لا تجاوز ست سنوات ، وأراضي الدرجة الثالثة تعفى مدة لا تجاوز عشر سنوات . ويجرى تمليك الأرض للطالب باستيفاء الإجراءات الآتية : (١) يقدم صب مكتوب إلى رياسة مجلس النظار ، مبيناً فيه اسم الحوض الكائن به الأرض المطلوبة والمقدار المطلوب الاستيلاء عليه لتعميره . وتعطى الأولوية للأسبق من الطلبات ، فإن قدم طلبان في آن واحد أعطيت الأولوية للأقرب من جهة الأطيان ، فإن تساويا في القرب يقرع بينهما . أما الأطيان المتوطن فيها عربان ، فتعطى لهم بالأولوية متى طلبوها . (٢) يعين مندوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديدها وتقديم تقرير بذلك لمجلس النظار . (٣) يصدق =

القول ملكية حقيقية كملكيتها لسائر أموالها الخاصة : فللدولة أن تؤجر هذه الأراضى وأن تبيعها وأن تتصرف فيها تصرفها فى أى مال تملكه ملكية خاصة . وعلى ذلك أصبحت الأراضى الصحراوية لها مالك هو الدولة ، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء .

مجلس النظار على الطلب . (٤) تحرر حجة مشتملة على شروط التمليك . (٥) تسلم الأرض للطالب بمعرفة مندوب المديرية – أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢ ص ٣٧ – ص ٣٩ . . والذى يستخلص مما تقدم أن الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ إنما ينظم تمليك الأراضى الصحراوية للأفراد عن طريق الترخيص لهم فى الاستيلاء عليها ، فيتملكونها ، لا بالشراء لأنهم لا يدفعون ثمناً (وإنما يدفعون رسماً فى مقابل مسح الأرض وتحديدها) ، ولكن بالاستيلاء المرخص فيه من الحكومة ، وذلك بقصد تعمير هذه الأراضى . ولذلك أعفيت الأراضى ، كما رأينا ، من الأموال الأميرية ، لمدد متفاوتة بحسب درجة الأرض ، حتى إذا تم تعميرها فى خلال هذه المدة فرضت عليها الأموال . قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢ . ويتم تمليك الأرض أى الاستيلاء عليها بتحرير الحجة وتسليم الأرض للطالب ، ولو كان التمليك بطريق الشراء لكان يكفى تقابل الإيجاب والقبول ، أى تقديم الطلب وتصديق مجلس النظار عليه ، وذلك قبل تحرير الحجة وتسليم الأرض . أنظر فى أن الطالب لا يحق له التمسك بقرار مجلس النظار الذى هو عمل داخلى للحكومة يجوز العدول عنه وسحبه ، مادام هذا القرار لم يعقبه تحرير الحجة وتسليم الأرض : استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٧ – ٢٨ فبراير سنة ١٩١٣م ٢٥ ص ٤٠ – ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٤ – ٦ مايو سنة ١٩١٤م ٢٦ ص ٣٧٣ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥م ٢٨ ص ٥٦ – ١٩ يناير سنة ١٩٣٢م ٤٤ ص ١٢٣ – الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٣ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٠٥ ص ٣٠٨ – العطارين ١٤ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٨٦ ص ٣٨٠ – وقارن مصر الابتدائية الوطنية ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ – ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الترخيص هنا تصرف قانونى يجب شهره لكونه من التصرفات الناقلة للملكية ، وفقاً للمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى (عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٨ – إسماعيل غانم ص ٥٠ – عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٤٧ ص ٣٥٩) .

وبقى الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ معمولا به إلى أن صدر الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه فى صدر هذه الحاشية ، وقد مد العمل بهذا الأمر العسكرى كما قدمنا بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وصدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المعمول به فى الوقت الحاضر .

١٨ - كيفية تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤

رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى : « ولا يجوز تملك هذه الأراضى (الأراضى الصحراوية) أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح » .

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ينظم تملك الأراضى الصحراوية . وقد سبق أن عرضنا لهذا القانون فى صدد الكلام فى القيود التى ترد على الحق فى التملك(٢) . ونعرض له هنا فى إيجاز باعتبار أنه كان قانونا ينظم حق الأفراد فى تملك الأراضى الصحراوية . وقد بدأ فى مادته الأولى بأن يحظر على أى شخص أن يتملك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا باحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام ، وهذه هى بوجه عام الأراضى الصحراوية . ثم أتى بعد ذلك باستثنائين . أجاز فى الاستثناء الأول منهما لوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها الحظر ، فيجوز للأفراد أن يتملكوا الأراضى الصحراوية الداخلة فى هذه المناطق . ويبدو أنه كان يجوز للأفراد ، بالنسبة إلى هذه الأراضى التى استثنيت من الحظر ، أن يتملكوها بالاستيلاء عن طريق التعمير طبقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد ألغيت بعد(٣) . والاستثناء الثانى خاص بالمناطق التى لم تستثن من الحظر ، فيجوز لوزير الحربية حتى فى هذه المناطق الترخيص للأفراد فى تملك الأراضى . وتقضى المادة الثالثة من القانون بأن يعتبر باطلا كل تصرف يقع مخالفا لهذه الأحكام . ولم يكن للقانون أثر رجعى . فبقى الملاك السابقون محتفظين بحقوقهم المكتسبة .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤١٥ .

(٣) أنظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥١ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٤٨ ص ٣٦١ .

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى القانون السابق ، ويحل محله ، وهو القانون المعمول به فى الوقت الحاضر . ويقضى بأن تكون الأراضى الصحراوية كلها ملكا خاصا للدولة ، ولا يجوز لأحد تملكها بالاستيلاء . وإنما يتملكها الأفراد لاستصلاحها فى المناطق التى يكون محققا إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، بطريق الشراء ممارسة من الدولة . فقد نصت المادة ٢٣ من هذا القانون بأنه « يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يرخص فى التصرف فى مساحات من الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة ، ببيعها بطريق الممارسة إلى الأفراد الراغبين فى شرائها لاستصلاحها ، فى حدود عشرين فدانا من الأراضى البور أو خمسين فدانا من الأراضى الصحراوية بالنسبة إلى كل مشتر ، وذلك بالشروط الآتية : (١) أن يكون المشترى متمتعا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، بالغا سن الرشد ، من ذوى السمعة الحسنة ، لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جناية أو بالحبس فى جريمة مخلة بالشرف مالم يكن قد رد إليه إعتباره . (٢) أن يتعهد المشترى باستصلاح الأراضى المبيعة وزراعتها خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضى البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضى الصحراوية ، وذلك من تاريخ تسليم الأرض إليه . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة ، وتقدير الثمن ، وشروط أدائه ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى » . وإذا لم يقم المشترى باستصلاح الأرض وزراعتها فى خلال المدة المحددة ، اعتبر عقد البيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو حكم قضائى ، ويلزم المشترى الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة عن تلك الأرض عن المدة السابقة اعتبارا من تاريخ تسليمها إليه ، ويستنزل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المشترى قبل الفسخ من ثمن وفوائد . كما يلزم المشترى الذى انفسخ عقده بتسليم الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الحكومة ، دون أن يكون له الحق فى المطالبة بأية تعويضات عنها . وفى خلال المدة التى يستصلح فيها المشترى الأرض ، لا يجوز له التصرف فيها لأحد .

فاذا ما أتم استصلاحها فى خلال الميعاد المقرر ، جاز له أن يتصرف فيها .
ويكون التصرف فى هذه الحالة إلى صغار الزراع الذين تكون حرفتهم الزراعة أو الرعى أو الصيد باعتبارها مورد رزقهم الرئيسى . وبشرط ألا يكون مجموع الأرض المتصرف فيها لكل واحد منهم وما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر على عشرة أفدنة من الأراضى الزراعية والبور والأراضى الصحراوية المستصلحة . كذلك يجوز الترخيص فى بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضى البور أو خمسين فدانا من الأراضى الصحراوية غير المزروعة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة . بشرط أن تتم استصلاح ما تشتريه من الأراضى وزراعتها خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليها ، وإلا انفسخ عقد البيع على النحو الذى بيناه فيما تقدم . ولا يجوز لهذه الأشخاص الاعتبارية التصرف فى الأراضى التى تشتريها إلا بعد أن تتم استصلاحها وزراعتها ، ويكون التصرف فى هذه الحالة إلى صغار الزراع بالشروط المبينة فيما قدمناه .

ويجوز للدولة أن تعهد إلى أشخاص اعتبارية عامة أو خاصة فى استصلاح الأراضى الصحراوية وتعميرها وزراعتها ، وفقا لبرامج التنمية ومخططاتها . فاذا ماتم استصلاح هذه الأراضى ، وزعت على صغار الزراع وخريجى المعاهد الزراعية ، بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة فدان ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمنتفع . ويجب توافر شروط معينة فيمن توزع عليهم الأراضى الصحراوية المستصلحة ، وتكون الأولوية فى توزيع هذه الأراضى وفقا لترتيب معين . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقرير ثمن الأراضى المستصلحة ، وشروط أداء هذا الثمن ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع .

ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأى وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى ، أن يحدد بقرار منه المناطق التى يحظر فيها تملك الأراضى الصحراوية ، لأغراض عسكرية . ويجوز نزع ملكية الأراضى الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا ، إذا اقتضت ذلك دواعى المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومى الخارجى أو الداخلى . وتحدد اللائحة التنفيذية

الإجراءات التى تتبع فى نزع ملكية الأراضى الصحراوية والاستيلاء المؤقت عليها ، ويتقاضى أصحاب هذه الأراضى تعويضا عينيا أو نقديا [١] .

وبعد أن بين قانون سنة ١٩٦٤ الأحكام التى تسرى فى تملك الأراضى الصحراوية على النحو الذى قدمناه ، نص فى المادة ١/٤٧ منه على أنه « لا يجوز لأى شخص طبيعى أو معنوى أن يحوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة التى تسرى عليها أحكام هذا القانون ، إلا وفقا لهذه الأحكام » . فأصبح لا يجوز لأحد أن يضع يده على الأراضى الصحراوية بطريق الاستيلاء والتعمير ، على النحو المبين فى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى ، ومن ثم نص قانون سنة ١٩٦٤ على إلغاء هذه الفقرة كما سبق القول .

١٩ – تملك الأراضى الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من

المادة ٨٧٤ مدنى : وإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى قد ألغيت بالمادة ٨٦ من قانون سنة ١٩٦٤ ، فان إلغاءها لم يكن بأثر رجعى ، وقد ظلت مطبقة من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) إلى وقت إلغائها . لذلك يحسن أن نورد فى إيجاز ما تشتمل عليه من الأحكام .

وتنص هذه الفقرة ، كما رأينا [٢] ، على ما يأتى : « إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال

---

(١) وتنص المادة ٥١ من قانون سنة ١٩٦٤ على أنه «يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يرخص فى تأجير بعض العقارات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون أو فى التصرف فيها دون التقيد بأحكامه ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تفيد فى تنمية الاقتصاد القومى ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع فى هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية» .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال فى خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك » .

ويستخلص من هذا النص أن هناك شروطا ثلاثة للتملك الاستيلاء : (١) أن تكون الأرض المعتبرة ملكا للدولة أرضا غير مزرو وقد سبق تحديد الأراضى غير المزروعة[١] ، فلا يجوز الاستيلاء أرض مملوكة للدولة إذا كانت أرضا مزروعة داخل الزمام ، ولا على أى أرض مملوكة للدولة داخل الزمام حتى لو كانت أرضا بورا . فبقى إذن الأراضى الصحراوية خارج الزمام ، وهى التى يرد عليها الاستيلاء . (٢) أن يكون الشخص الذى يستولى على الأرض مصرى الجنسية ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كجمعية أو شركة أراض . وهذا الشرط مستحدث فى التقنين المدنى الجديد ، ولم يكن مطلوبا فى التقنين المدنى السابق فكان يجوز للأجنبى أن يستولى على الأراضى الصحراوية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أوجب المشروع أن يكون المستولى مصريا ، حتى لا يتملك أجنبى أرضا مصرية بهذا الطريق السهل »[٢] . (٣) أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير ، وهذا هو الغرض الأساسى من إباحة الاستيلاء على الأراضى الصحراوية ، حتى يكون هناك حافز يستحث ذوى المقدرة على إحياء الأرض الموات ، ويشجعهم على ذلك بأن يجزيهم على ما بذلوا من جهد وأنفقوا من مصروفات بجعلهم يتملكون الأرض التى يحيونها . والتعمير يكون ، كما يقول النص ، بأن يزرع المستولى الأرض أو يغرس فيها أشجارا أو يقيم عليها بناء . وليس من الضرورى أن يصل فى هذه الأمور فى ... ، بل يكفى فى زراعة الأرض أن يجعل منها مرعى ، وفى البناء

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

عليها أن يسورها وينصب فيها خياما متنقلة فالتسوير وحده لا يكفى [١] . ولكن يشترط أن يكون التعمير تعميرا جديا من شأنه أن يحيى الأرض ، وأن يدل على نية صاحبه من أنه آخذ فى أسباب استغلالها والمضى فى هذا السبيل[٢] . وعلى ذلك لا يكفى مجرد وضع اليد على الأرض . وقبل أن يعمر المستولى الأرض يجوز للدولة إخراجه منها حتى بالطرق الإدارية ، لأنه قبل التعمير لا يكون قد تملكها فيصح طرده منها[٣] . ولا يلزم

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «والمطلوب ممن يعمر الأرض أن يزرع أو يبنى وفقاً لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض ، فيكفى أن يجعل الأرض مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧) . وقد وقع فى المذكرة الإيضاحية خطأ مادى ، فحل لفظ «أو» محل واو العطف ، وتكون العبارة الصحيحة هى : «فيكفى . . . أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة» . وقد جرى القضاء على أن التسوير وحده لا يكفى ، وقضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئاً للملك لا ناقلا له ، فإن مجرد دخوله فى مكنة من استولى عليه لا يكفى قانوناً لاعتبار هذا المستولى متوياً الامتلاك ، مالم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة مايدل على قيام هذه النية لديه . فتسوير هذا النوع من المال أو مجرد المرور به لا يكفى وحده فى ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه (نقض مدنى ١١ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤) . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٣٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٩ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٨ ص ٣٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١م ١٤ ص ٣٨ — ولا تكفى زراعة متقطعة تعتمد على الأمطار ، فالزراعة الجدية لا تقوم إلا بوسيلة من وسائل الرى كشق ترعة أو حفر بئر ارتوازى (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٤٣م ٥٥ ص ٢٦) .

وعبء إثبات التعمير يقع على من يدعى التملك ، ولو كان هو المدعى عليه فى دعوى المنازعة فى الملكية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٥م ٩ ص ١١٣) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٥ — محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤٠ — ص ٤١ — ويطلب من الحكومة أن تثبت أن الأرض هى من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فتكون على هذا النحو مملوكة للدولة (الاسكندرية المختلطة ٩ يونيه سنة ١٩٣١م ٤٣ ص ٤٤٠) . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكومة مثلها مثل الأفراد إذا ادعت ملكية أرض فى يد المدعى عليه ، فعليها أن تثبت أنها من أملاكها العامة أو الخاصة أو أنها من الأراضى المملوكة شرعاً للميرى وفقاً لنص المادة ٥٧ مدنى (قديم) ، أما قبل ذلك فليس لها أن تطالب واضع اليد بإقامة الدليل على ملكيته (نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٠ ص ٣٧٣) .

إلى جانب هذه الشروط الثلاثة أى شرط آخر . فلا يشترط أن يحصل المستولى على ترخيص من الدولة فى الاستيلاء ، وقد كان هناك تردد فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الأمر . فكان هناك رأى يذهب إلى عدم لزوم هذا الشرط[1] ، ولكن الرأى الغالب كان يذهب إلى وجوب الحصول على ترخيص[2] . فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بالنص صراحة على عدم لزوم الترخيص ، إذ يقول كما رأينا: « . . . تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة » . كذلك لا يشترط ، لتملك الأراضى الصحراوية بالاستيلاء ، أن تفرض عليها ضريبة عقارية بعد الزراعة أو البناء ، أو أن تقيد فى المكلفة باسم المستصلح ، فقبل فرض الضريبة والقيد فى المكلفة يكون المستصلح قد تملك الأرض بتعميرها[3] .

ونرى من ذلك أن تملك المستصلح للأرض رهن بتوافر الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها ، ويتم التملك من وقت التعمير . ويقول النص فى هذا المعنى : « . . . تملك فى الحال . . . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك » . وتكييف ذلك من الناحية القانونية أن المستصلح يملك فى الحال الأرض

---

(١) أسوان ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٤ ص ١٥٢ – طنطا الكلية ٨ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٦ ص ٨٠ – أسيوط الكلية ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٧ ص ١٧٠ – العاط ٢ نوفبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ١٧ ص ٢٢٧ – الاسكندرية الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم رقم ٨٤ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٣ ص ٢٢ – ٢ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٤١ – ٢٢ نوفبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٤ ص ٩٠ – استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٦٥ ص ٦٠٧ – استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٨٩٦م ٨ ص ٣١٦ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١م ١٤ ص ٣٨ – ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢م ٤٤ ص ١٠١ – ١٩ يناير سنة ١٩٣٢م ٤٤ ص ١٢٤ – الاسكندرية المختلطة ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠ .

التي استصلحها ، ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن التعمير فى خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك خمس سنوات متوالية [١] .

فهو أولا يملك فى الحال الأرض المستصلحة ، أى يملكها بمجرد استصلاحها [٢] . ولا يتوقف ذلك على قيد فى المكلفة كما قدمنا ، ولا يتوقف على تسجيل إذ التسجيل لا يكون إلا فى التصرفات ، والتملك هنا قد تحقق لا بتصرف قانونى بل بواقعة مادية هى واقعة التعمير . وما دام المستصلح قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير ، فهو ككل مالك يستطيع أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من التصرفات . ولا ينتظر انقضاء الخمس العشرة سنة لأنه أصبح مالكا قبل أن يبدأ سريان هذه المدة كما قدمنا ، بل إن سريان المدة لا يبدأ إلا من وقت تملكه كما سيجىء . ويستطيع المستصلح أن يؤجر الأرض المستصلحة ، وأن يعطيها لغيره مزارعة . ويجوز له أن يوصى بها ، وهى تورث عنه حتى قبل انقضاء الخمس العشرة سنة [٣] . وسواء انتقلت ملكية الأرض المستصلحة إلى خلف خاص كمشتر أو إلى خلف عام كوارث ، فانها تنتقل كما كانت وهى فى ذمة المستصلح ، أى تنتقل معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع الخلف عن تعميرها خمس سنوات متواليات فى خلال الخمس العشرة سنة التى تسرى من وقت تعمير السلف للأرض ، وتحسب المدة التى انقطع فيها السلف عن التعمير كما تحسب المدة التى انقضت من الخمس العشرة سنة والأرض فى ملك السلف .

ثم إن ملكية المستصلح تكون معلقة على شرط فاسخ . فهى لا تصبح ملكية باتة مستقرة إلا إذا لم ينقطع المستصلح أو خلفه عن تعمير الأرض

---

(١) استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٨٩٦م ٨ ص ٣١٦ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠م ١٢ ص ٥٢ .

(٢) ويملكها بالقدر المفيد فى استعمالها ، فيلحق بالأرض المستصلحة بالبناء المسافة اللازمة لتبج مطلات تكون متنفساً للبناء (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤١) .

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤١ .

خمس سنوات متواليات في خلال الخمس العشرة سنة التالية لتملك الأرض[١] فتحسب مدة الخمس العشرة سنة إذن من وقت تعمير الأرض ، لا من وقت وضع اليد . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل هذه المدة تسرى من وقت وضع اليد ، فكانت المادة ٨٠/٥٧ من هذا التقنين تقول : « فى ظرف الخمس العشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » . أما التقنين المدني الجديد فقد عدل بحق عن هذا الحكم ، وجعل المدة تسرى من وقت التعمير إذ يقول : « خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك » . ذلك أن الانقطاع عن التعمير يجب ألا يعتد به إلا من وقت التعمير ، ولو اعتد به من وقت وضع اليد لجاز أن تمضى مدة غير قصيرة بين وضع اليد والتعمير . وينبغى ألا يحسب هذا الوقت ضمن الخمس العشرة سنة وألا تسرى هذه المدة إلا من وقت التعمير كما هو صريح نص التقنين المدني الجديد . وفى خلال هذه المدة يجب ألا ينقطع المستصلح عن تعمير الأرض مدة خمس سنوات متواليات . وقد كان التقنين المدني السابق لا يشترط التوالى صراحة . فكان يقول « مدة خمس سنوات » ، ومن ثم كان هناك خلاف ، فرأى يذهب إلى وجوب التوالى ، ورأى آخر يذهب إلى عدم وجوبه . وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف باشتراطه التوالى صراحة ، إذ يقول « خمس سنوات متتابعة »[٢] . والفرق كبير بين التوالى وعدم التوالى ، إذ أن عدم التوالى كان يجعل التملك أشق بكثير . فكان يكفى أن ينقطع المستصلح عن تعمير الأرض خمس سنوات

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٢ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٧ – وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ : ويذهب إلى أن ملكية الأرض قبل تحقق عدم الاستعمال هى ملكية باتة ، لا ملكية معلقة على شرط فاسخ ، ولكنها ملكية ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال . وانظر أيضاً من هذا الرأى الأخير عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢ .

(٢) والتوالى فى الخمس السنوات التى ينقطع فيها المستصلح عن التعمير قرينة على نية ترك المستصلح للأرض المستصلحة ، وهذه النية تستخلص من التوالى أظهر بكثير مما تستخلص من خمس سنوات على فترات متقطعة (أنظر فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

ولو غير متوالية فى خلال الخمس العشرة سنة حتى يتحقق الشرط الفاسخ ، فتنفسخ ملكية المستصلح . فاذا انقطع سنتين بعد انقضاء ثلاث سنوات من التعمير ، ثم استأنف التعمير خمس سنوات ، وانقطع بعد ذلك سنتين ، ثم استأنف التعمير سنتين ، فانه إذا انقطع سنة بعد ذلك ، أى السنة الأخيرة لتمام الخمس العشرة سنة ، تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت ملكيته ، مع أنه يكون قد بقى يعمر الأرض عشر سنوات كاملة ، ولم ينقطع عن تعميرها إلا خمس سنوات غير متوالية . أما فى التقنين المدنى الجديد فالأمر أيسر من ذلك بكثير ، إذ يشترط هذا التقنين التوالى كما قدمنا . فيكفى ، حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ ، أن يعمر المستصلح الأرض سنة واحدة ثم ينقطع أربع سنوات ، ويعود إلى تعميرها سنة واحدة وينقطع أربع سنوات ، وهكذا حتى يتم الخمس العشرة سنة دون أن يكون قد قضى فى تعمير الأرض أكثر من ثلاث سنوات وانقطع عن تعميرها اثنتى عشرة سنة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى الملكية بعدم استعمال الأرض فى أثنائها يجب أن تكون سنين متواليات . فأصبح المستولى أقل تعرضا لفقد ملكيته فى المشروع عنه فى التقنين الحالى (السابق) الذى لا يشترط التوالى . ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ لملكيته ، فاذا لم يبق من الخمس العشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكيته باتة حتى قبل انقضاء الأربع السنوات ، لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ »[1] . وانقطاع المستصلح عن التعمير معناه أنه إذا كان قد زرع الأرض يكف عن زراعتها ، وإذا كان قد غرسها أشجارا ينقطع عن تعهد الأشجار بالتسميد والصيانة ، وإذا كان قد أقام فيها بناء يترك البناء دون استعمال ودون صيانة حتى يصبح معرضا للتخرب »

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ – ص ١٩٨ .

ويتحقق الشرط الفاسخ ، كما قدمنا ، بانقطاع المستصلح عن التعمير خمس سنوات متواليات فى خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك [١] . فاذا ما تحقق ، انفسخت ملكية المستصلح بأثر رجعى ، واعتبر أنه لم يكن ما لكا منذ البداية . وعلى ذلك تزول جميع تصرفاته فى الأرض المستصلحة تبعا لزوال ملكيته بأثر رجعى[٢] . وتسرى القواعد العامة المقررة فى تحقق الشرط الفاسخ [٣] . وتعود ملكية الأرض المستصلحة للدولة .

أما إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فان ملكية المستصلح تصبح ملكية باتة ، وتثبت جميع تصرفات المستصلح فى الأرض المستصلحة ، وتسرى القواعد العامة المقررة فى تخلف الشرط الفاسخ . ويلاحظ أن تخلف الشرط الفاسخ هنا معناه أن يكون قد مضى على تعمير الأرض المستصلحة مدة خمس عشرة سنة دون أن ينقطع المستصلح عن تعميرها خمس سنوات متوالية . ولا يفهم من ذلك أن المستصلح قد ملك الأرض بالتقادم الطويل ،

---

(١) وإذا أثبت المستصلح واقعة التعمير ، كأن أثبت أن الأرض مزروعة فعلا ، فعلى الحكومة يقع عبء إثبات أن المستصلح قد انقطع عن التعمير خمس سنوات متواليات (الاسكندرية المختلطة ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن قرينة عدم الاستعمال المستخلصة من عدم فرض ضريبة على الأرض ينقضها إثبات أن الأرض مزروعة فعلا (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١- ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤) .

(٢) والذين لا يقولون بالشرط الناسخ انقسموا . فنهم من يذهب إلى زوال التصرفات لا بناء على تحقق الشرط الناسخ بأثر رجعى ، بل لأن المستصلح الذى تصرف فى الأرض كانت ملكيته ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك (شفيق شحاته فقرة ٢١٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٢) . ومنهم من سار فى إنكار الشرط إلى نهايته ، فذهب إلى أن تصرفات المستصلح لا تزول بالرغم من زوال ملكيته بعدم الاستعمال ، لأن الملكية لا تزول فى هذه الحالة بأثر رجعى (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

(٣) ولكن المستصلح يعتبر بانياً أو غارساً فى الأرض بحسن نية ، فتسرى عليه القواعد المقررة فى الالتصاق للبانى أو الغارس فى ملك غيره بحسن نية (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٦) . ولا يتعارض هذا الحكم مع القول بانفساخ الملكية بأثر رجعى ، فان الأثر الرجعى إنما هو مجاز قانونى لا يتعدى إلى الأعمال المادية التى تكون قد تمت قبل تحققه ، ولاشك فى أن المستصلح وقت أن بنى أو غرس كان حسن النية إذ كان يبنى أو يغرس فى أرض يملكها (قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ ص٢١٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٢) .

أى بانقضاء خمس عشرة سنة ، فهو قد تملك الأرض بمجرد تعميرها وقبل أن تبدأ الخمس العشرة سنة كما قدمنا . وتملكها بالاستيلاء المصحوب بالتعمير لا بالتقادم . وعلى ذلك لا تكون مدة الخمس العشرة سنة مدة تقادم ، بل هى ميعاد حدده القانون لا يجوز فى خلاله أن ينقطع المستصلح عن التعمير مدة خمس سنوات متوالية . ومن ثم لا ترد أسباب الوقف ولا أسباب الانقطاع على مدة الخمس العشرة سنة ، فلا توقف هذه المدة ولا تنقطع (١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم العادى وإلا وجب أن تتراخى إلى خمس عشرة سنة ، وإنما هى تكسب فى الحال معلقة على هذا الشرط الفاسخ » (٢) .

٢٠ – حقوق الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس له أثر رجعى ، وليس للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كذلك أثر رجعى كما سبق القول ، لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة فى الأراضى الصحراوية والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تمسها أحكام هذين القانونين . وتأكيداً لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن « جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون الواردة على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، تبقى نافذة بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها » .

ويمكن القول ، استخلاصا مما تقدم ، وتطبيقا للقواعد العامة، أنه إذ وضع شخص يده على أرض صحراوية لتعميرها فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد) ، وعمرها بعد سنة ، فانه يتملكها بمجرد التعمير فى سنة ١٩٥٠ ، وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى كانت معمولا بها وقت ذلك ولم تكن قد حذفت .

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨١ ص ٤٢٤ – وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١١ (ويذهب إلى أن الخمس العشرة سنة هى مدة تقادم مسقط) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ ، هو عدم الانقطاع عن تعميرها على النحو الذى قدمناه . فاذا هو لم ينقطع عن تعميرها خمس سنوات متواليات فى مدة الخمس العشرة سنة التالية للتملك ، أى إلى سنة ١٩٦٥ [1] فى الفرض الذى نحن بصدده ، فان ملكيته تصبح باتة لتخلف الشرط الفاسخ . ولا يمس ملكيته هذه ، التى ثبتت له منذ سنة ١٩٥٠ ، لا صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ولا صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد نظم هذه الحقوق المكتسبة تنظيما تشريعيا ، إذ نصت المادة ٧٥ منه على ما يأتى : « يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، المستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد — ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يجاوز الملكية العقارية المقررة قانونا . ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط . فاذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٤ السنة ١٩٥٨ المشار إليه ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار

---

(١) ولا عبرة هنا بأننا جاوزنا سنة ١٩٦٤ التى صدر فيها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فان هذا القانون ليس له أثر رجعى كما قدمنا ، والقانون الذى ينطبق فى الفرض الذى نحن بصدده هو الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد حلفت ، والتى كانت سارية وقت تملك المستصلح للأرض تحت شرط فاسخ فى سنة ١٩٥٠

الجديدة التى تنشئها الدولة . (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يكون نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون » (١)

هذا ويجوز أن يكون شخص قد اشترى ، قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها ، ولم ينجز هذا الاستصلاح . فيبقى حقه دون مساس به بعد صدور القانون المذكور ، بل ويمنحه هذا القانون مهلة إضافية يتم فى خلالها استصلاح

---

(١) ونورد هنا المذكرة الإيضاحية لهذا النص وهى تشرح النص شرحاً مستفيضاً :
« ولما كانت النظم القانونية التى تحكم الملكية فى الأراضى الصحراوية قد مرت بعدة مراحل متعاقبة منذ أن صدرت بعض الأوامر العالية . . . التى كان بعضها يمنح العربان فى بعض الجهات الحق فى استغلال الأراضى الصحراوية فى تلك الجهات ، ومن هذا القبيل الأمر العالى الصادر فى ١٧ من المحرم سنة ١٢٨٤ هجرية (٢١ من مايو سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، والتى كان بعضها الآخر يعلق تملك الأراضى البور المملوكة للدولة على استيفاء إجراءات معينة من بينها الحصول على إذن بذلك من الحكومة ، ومن هذا القبيل الأمر العالى الصادر بتاريخ ١٩ من ذى القعدة سنة ١٣٠١ هجرية (٩ من سبتمبر سنة ١٨٨٤ ميلادية) . وفى ظل القانون المدنى المصرى القديم ، اتجه الرأى فى الفقه والقضاء إلى اعتبار الأراضى الصحراوية الواقعة خارج الزمام من الأراضى المتروكة التى يجوز تملكها بالاستيلاء عليها بطريق الزراعة أو الغراس فيها أو البناء عليها ، وذلك استناداً إلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدنى المصرى الأهلى . . . وبقى الحال كذلك حتى صدر الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تملك العقارات فى أقسام الحدود ، الذى مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بعد إلغاء الأحكام العرفية التى صدر فى ظلها . وقد حظر هذا الأمر على الأجانب أن يتملكوا بغير طريق الميراث العقارات الكائنة فى أقسام الحدود أو أن يكتسبوا أى حق عينى عليها ، كما قضى بوجوب حصول المصريين على إذن سابق من الحكومة بالنسبة إلى ما يتملكونه بغير طريق الميراث من العقارات المشار إليها والحقوق العينية الواردة عليها . . . ثم صدر القانون المدنى الجديد .. ونصت المادة ٨٧٤ منه بأن . . . وبعد ذلك صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، وقد أشارت مذكرته الإيضاحية إلى أن « الجدل قد ثار حول ما ورد فى المادة ٨٧٤ مدنى المشار إليها والتى تجيز تملك الأراضى بطريق الاستيلاء الحر . . . واشتد الجدل على وجه الخصوص فيما إذا كانت تلك المادة قد نسخت أحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ .. وقد اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى حسم ذلك =

الأرض ، إذ نصت المادة ٧٤ منه على أن « يمنح كل من اشترى أرضا بورا أو أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها قبل العمل بهذا القانون مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضى المبيعة له وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدتين أطول — فاذا لم يقم المشترى باستصلاح الأرض المبيعة وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو حكم قضائى » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : « ولما كان هذا الحكم المستحدث قد يدهم بعض المتصرف إليهم قبل تاريخ العمل بالقانون المرافق ممن تقاعسوا عن استصلاح وزراعة الأراضى البور والصحراوية

= الخلاف فى الرأى . . . و أوضحت مذكرته الإيضاحية اتجاهها إلى تغليب فكرة قيام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ٤٥ حتى تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ ، واستدلت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع غير المصريين من تملك الأراضى الزراعية وما فى حكمها ، وهو لاحق للقانون المدنى الجديد ، قد أشار فى ديباجته إلى المرسوم بقانون المشار إليه فهو يعترف ببقائه قائماً إلخ . وترتب على هذا الاتجاه أن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه اتجه إلى اعتناق مبدأ إهدار الحقوق المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدنى ، وإنكار الملكيات العقارية القائمة عليها فى الأراضى الصحراوية . . . حتى لو كانت سابقة على تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ذاته . . . وقصرت المادة ٥ من هذا القانون الأخير إقرار الملكيات السابقة على نفاذه فى حالات الملكية والحقوق العينية التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون ، أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروطها قد نفذت .

«ومهما يكن من أمر وجهة النظر التى اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى تغليبها ، فان تطبيقه فى العمل قد أثار شعوراً بالقلق فى نفوس المواطنين فى بعض المناطق الصحراوية فيما يتعلق بعدم الاعتراف بملكياتهم العقارية المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد وإلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدنى الأهلى القديم المقابلة لها والتى كانت سارية منذ سنة ١٨٨٣ ، أى قبل أن يصدر الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ المشار إليها بأكثر من نصف قرن . وبناء على ذلك فقد أعيد بحث جوانب القصور التى شابت القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، كما أعيد النظر فى المبدأ الذى اعتنقه ذلك القانون فى ضوء ما كشف عنه تطبيقه فى العمل ، وفى ضوء الاعتبارات المتعلقة بالعدالة واحترام الحقوق المكتسبة والمبادىء المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان =

المتصرف فيها إليهم رغم انقضاء مدة العشر سنوات المشار إليها من تاريخ تسلمهم تلك الأراضى ، لذلك فقد رؤى إتاحة فرصة جديدة أمامهم بمنحهم مهلة إضافية مدتها سبع سنوات من تاريخ العمل بالقانون المرافق ، يلتزمون بإتمام أعمال استصلاح وزارعة الأراضى المشار إليها خلالها . وروعى فى قصر هذه المهلة الإضافية على مدة السبع سنوات التالية على العمل بهذا القانون دفع المتصرف إليهم المذكورين إلى مضاعفة جهودهم

= وقد استقر رأى الأجهزة الفنية فى الوزارات والجهات الإدارية المختصة المختلفة إلى وجوب تعديل أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه على النحو الذى يوفر رعاية الحقوق المشروعة المحققة لأصحابها من المواطنين منذ ما قبل تاريخ نفاذ ذلك القانون ، ويكفل إقرار ملكياتهم السابقة على هذا التاريخ والاعتراف بها » .

« لذلك فقد أورد القانون المرافق فى المادة ٧٥ منه أحكاماً انتقالية قصد بها إقرار الملكيات السابقة على القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه والاعتداد بها . وقد روعى فى صياغة هذه المادة تضمينها الحالات التى أقرها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه فى مادته الخامسة بالنسبة إلى الملكيات العقارية والحقوق العينية السابقة على تاريخ العمل به ، كما أشير فيها إلى حالات الملكية والحقوق العينية المستندة إلى أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه ذاته والتى تم إقرارها وفقاً لأحكامه بعد العمل به ، وكذلك فقد أوردت هذه المادة النص على إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد (والمادة ٥٧ من القانون المدنى الأهلى القديم من قبل) . وقصد من تعداد هذه الحالات فى تلك المادة أن يكون النص عليها جامعاً مانعاً بحيث يقتصر الاعتداد فى تطبيق أحكام القانون المرافق على الحالات المشار إليها القائمة قبل تاريخ العمل به » .

« وروعى بالنسبة إلى حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى وضع اليد ، اشتراط استمرار وضع اليد على الأراضى الواردة عليها تلك الملكية بطريق الغراس أو الزراعة لمدة سنة كاملة على الأقل قبل العمل بالقانون المذكور ، ذلك رغم أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى المشار إليها كانت تقضى بأنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أوغرسها أوبنى عليها تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك . والحكمة من اشتراط وضع اليد لمدة سنة كاملة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه بالنسبة إلى الملكيات المشار إليها هو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزرع فيها الأرض الصحراوية أويستمر الغرس فيها لمدة سنة زراعية كاملة ، دون =

فى استصلاح تلك الأراضى وزراعتها مستقبلا ، حتى يتيسر تعويضهم فى أقصر وقت ممكن عما فاتهم من كسب ، وتعويض مافوتوه من نفع على المجتمع بفعلهم وبتقصيرهم فى إحياء الأرض الموات المبيعة إليهم طوال المدة السابقة الممتدة من تاريخ تسلمهم تلك الأراضى » .

= الحالات التى تزرع فيها هذه الأراضى او تغرس بصفة غير منتظمة جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط » .

« وتحقيقاً لما استهدف القانون المرافق من إقرار الملكيات السابقة على نفاذه فى الأراضى الصحراوية وتأمين استقرارها.وتوفير الحماية القانونية لها ، لذلك فقد روعى تضمين المواد من ٧٦ إلى ٧٩ من هذا المشروع الأحكام الانتقالية التى تعالج المراحل التى يمر بها الإخطار عن تلك الملكيات ، وتحقيقها ، والفصل فى المنازعات المتعلقة بها ، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الاعتداد بها ، ثم شهر هذه المحررات إلخ » .

الباب الثانى

كسب الملكية

بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

(Succession)

٢١ ـ نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدنى على ما يأتى :

« تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها »[1].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٥٤/٧٧) يعرض لأحكام القانون الدولى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تعيين الورثة ، وتحديد أنصبائهم فى الإرث ، وانتقال أموال التركة إليهم ، تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها ، مالم يرد فيها نص خاص » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٦ فى المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة الأخيرة «مالم يرد فيها نص خاص» . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٤٤ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٥ ، بعد الاستعاضة بعبارة «والقوانين الصادرة فى شأنها» عن عبارة «والتقنينات المستمدة منها» ، وذلك «لأن المراد هو التشريعات التى تصدر فى شأن الميراث» . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ – ص ٢٠٧) .

الخاص فى الميراث ، ويقرر ان القانون الواجب التطبيق فى هذه المسألة هو قانون الدولة التى ينتمى إليها المتوفى بجنسيته [1] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٣/٨٢٥ وم ٨٢٦ (١) وم ١/٨٣٦و٢ – وفى التقنين المدنى

---

(١) التقنين المدنى السابق م ٥٤ وطنى : يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث فى منفعة الأموال الموقوفة ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

م ٧٧ مختلط : يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى قوانين الدولة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث فى منفعة الأموال الموقوفة أو فى منفعة الأراضى الخراجية ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

ويتبين من هذه النصوص (وبخاصة من نصوص التقنين المختلط) أن المعنى المقصود هو أن الميراث تتبع فيه أحكام قانون الدولة التى يتبعها المتوفى بجنسيته ، فنكون فى صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل فى نطاق القانون الدولى الخاص لا فى نطاق القانون الداخلى . ويكون المقابل لهذه النصوص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدنى الجديد ، وتجرى على الوجه الآتى : «يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف ، وقت موته» .

هذا وقد صدر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ بتعديل المواد ٥٤ ، ١/٥٥ و١٣٠ من التقنين المدنى الأهلى بما يجعل نصوص هذه المواد واضحة فى المعنى المقصود . فأصبح نص المادة ٥٤ كما يأتى : «يكون الحكم فى المواريث والوصايا على حسب المقرر فى قانون بلد المتوفى» . وأصبح نص المادة ١/٥٥ كما يأتى : «تراعى أيضاً فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى قانون الموصى» . وأصبح نص المادة ١٣٠ كما يأتى : «الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون بلد العاقد» . وكذلك صدر فى نفس التاريخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وقد نص فيه على أن «قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى» — أنظر فى هذه القوانين ومذكرتها التفسيرية (وقد شرحت فى إسهاب الأسباب التى دعت إلى إصدار هذه القوانين) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧ .

الليبي م ١/٨٧٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٠٦ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٢٠٤ وم ٢٢٨(أ) وم ٢٣٠–٢٣١ [1].

ويتبين من النص سالف الذكر أنه عرض للمسائل الرئيسية الثلاث التى يشتمل عليها الميراث ، وهى تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال ملكية هذه الأنصبة إليهم ، وذكر أن الشريعة الإسلامية وما يصدر من قوانين خاصة هى التى تسرى على هذه المسائل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد حسم المشروع بهذا النص الخلاف القائم فى أمرين جوهريين فى الميراث . فقضى بأن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق فى ميراث المصريين حتى لو كانوا غير مسلمين ، وحتى لو اتفقوا جميعا على تطبيق قانون ملتهم . وجعل

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣/٨٢٥ : كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائى يكون مالكاً له قبل تسجيله ، على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل . م ٨٢٦ (أ) : يكتسب حق التسجيل فى السجل العقارى بالأسباب الآتية : (أ) بالإرث .

م ٨٣٦ /١ و٢ : ١ – تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأن الإرث والانتقال . ٢ – لا يمنع الأجنبى حق الإرث فى العقارات إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين . (وأحكام التقنين السورى تتفق إجمالا مع أحكام التقنين المصرى).

التقنين المدنى الليبى م ١/٨٧٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٦ : ١ – يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة فى التركة . ٢ – وتعيين الورثة وتحديد انصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٢٠٤ (موافق للمادة ٣/٨٢٥ سورى) .

م ٢٢٨ (أ) (مطابق للمادة ٨٢٦(أ) سورى) .

م ٢٣٠ : تخضع التركات لأحكام القانون العام .

م ٢٣١ : لا يكون للأجنبى حق بالإرث أو بالوصية فى التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبى العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

(وأحكام القانون اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين السورى ، فيما عدا أن القانون اللبنانى لا ينص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) .

هذه الشريعة هى التى تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة . فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التى تقضى بالا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهى قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث ، وإذا كانت تغاير النظم اللاتينية ، فانها تتمشى مع النظم الجرمانية . ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات ، فان اغفال هذا النظام فى التقنين المدنى الحالى (السابق) أوقع القضاء والفقه فى كثير من الارتباك . وقد أراد المشروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص ينظم بها تصفية التركة ، وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدث » [1].

وقد أراد المشروع بوضع نظام لتصفية التركة تصفية جماعية أن يحمى حقوق دائنى التركة . ولكنه لم يجعل هذه التصفية أمرا إجباريا ، فنظم ، عند عدم الالتجاء إلى التصفية الجماعية ، طريقا لحماية الدائنين إذا اتخذوا إجراءات فردية ، وذلك بشهر حقوقهم .

ثم إن قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ومن بعده قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، عالج كل منهما نقصا خطيرا كان ملحوظا فى قانون التسجيل رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر حق الإرث حتى يستطيع الوارث أن يتصرف فى الحقوق التى آلت إليه بالميراث .

ونخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الميراث هى : (١) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث . (٢) تنظيم حماية حقوق دائنى التركة عن طريق إجراءات فردية أو إجراءات جماعية (تصفية التركة) . (٣) شهر حق الإرث .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٠ – ص ٢٠١ .

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى الميراث

٢٢ – الشريعة الاسلامية تطبق على جميع المصريين وفى جميع مسائل الميراث : قدمنا أن التقنين المدنى الجديد قد حسم الخلاف فى أمرين جوهريين :

(١) فقد قضى بأن الشريعة الإسلامية ، فى الميراث تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين [١] . والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى واضحة كل الوضوح فى هذا الصدد ، إذ تقول : « الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها هى التى تنطبق على ميراث المصريين جميعا ، مسلمين أو غير مسلمين . ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين ، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق . ولم يعد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذى يحدد الورثة مبدئيا ، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقين على قانون الملة ليطبق نهائيا ، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإسلامية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا ، مخالفة ماجرت عليه التقاليد من أن الشريعة الإسلامية هى التى تحدد الورثة من أول الأمر . فان لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا . وقد قضى المشروع على هذا الخلاف ؛ فان الشريعة الإسلامية هى التى تطبق أولا وأخيرا ، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة فى أى فرض من الفروض » [٢] .

---

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٧٨ ص ٤٨٦.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ – ص ٢٠٦ – وقد كانت الشريعة الإسلامية فى عهد التقنين المدنى السابق : هى الواجبة التطبيق بوجه عام على مواريث جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) . وذلك مالم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم على غير ذلك ، ماداموا يملكون التصرف فى حقوقهم . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الأساسية فى مواريث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية : مالم يتفق الورثة

(٢) وقضى التقنين المدنى الجديد كذلك بأن الشريعة الإسلامية تطبق فى جميع مسائل الميراث ، لا فحسب فى تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم ، بل أيضاً فى انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث .

فنستعرض فى إيجاز المسائل المتعلقة بتعيين الورثة وتحديد انصبائهم ، وهى التى يطبق فيها قانون المواريث وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية . ثم نستعرض كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، ونبين فى إيجاز أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد وهى الأحكام الواجب تطبيقها وفقا للمادة ٨٧٥ مدنى سالفة الذكر [١] .

= الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه وهى التى أشارت إلى مسألة المواريث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما فى الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم فى الوراثة متى قبل كل الورثة اختصاصها : أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فان عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد من أن يتفق كل الورثة على ذلك ، فيعمل باتفاقهم الذين هم أحرار فيه ، ماداموا يكونون أهلا للتصرف فى حقوقهم . (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٩٩٨ رقم ١) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١ – وانظر استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٨ – أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢ – ٢٧ مايو سنة ١٩٤١م ٥٣ ص ١٩٧ (يعين قانون الملة الورثة الذين يجب اتفاقهم على إخضاع الميراث لهذا القانون) – أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص٢١٣ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وتطبق الشريعة الإسلامية فى كل أمر يتعلق بالميراث ، فهى التى تعين الورثة ، وتقسمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام، وتجرى أحكام الحجب والعول والرد وما إلى ذلك من أحكام الميراث ، وتحدد نصيب كل وارث ، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٦) .

وحتى لو وجب تطبيق قانون أجنبى على تركة مسلم طبقاً لقواعد الإسناد ، فان محكمة النقض تستبعد من هذا القانون الأجنبى ما يخالف النظام العام فى الشريعة الإسلامية . وقد قضت فى هذا المعنى بأنه وفقاً للمادة ٢٨ مدنى لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر . وإذا كان تطبيق =

§ ١ - تعيين الورثة وتحرير انصبائهم

٢٣ - قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وما عرض فيه من المسائل :

كانت المحاكم الشرعية تطبق ، فى تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم ، أحكام المذهب الحنفى فى أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقننة . وقد رؤى ، حتى قبل إدماج المحاكم الشرعية فى المحاكم الوطنية ، أن هناك حرجا فى الاقتصار على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . فهناك مسائل فى المذهب الحنفى وقع فيها اختلاف فى ترجيح الأقوال ، أو لم ينص على ترجيح ، فتضاربت الأحكام باختلاف نظر القضاة . وهناك حوادث تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من أقوال المذهب الحنفى ، أو بأحكام المذاهب الأخرى . فاستقر الرأى على وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية وللأوقاف والمواريث والوصية ، تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة ، ويراعى فيها ما يلائم حالة البلاد وما يساير رقيها الاجتماعى . فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأحكام المواريث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف . والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية .

والذى يعنينا هنا هو قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقد قسم أبوابا ثمانية : الباب الأول فى أحكام عامة وموانع الإرث ، والباب الثانى فى أسباب الإرث وأنواعه ، والباب الثالث فى الحجب ، والباب

= القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث ، بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات ، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر ، إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها ، مما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٥ ص ٧٢٧) .

الرابع فى الرد . والباب الخامس فى إرث ذوى الأرحام ، والباب السادس فى الإرث بالعصوبة السببية . والباب السابع فى استحقاق التركة بغير إرث . والباب الثامن فى احكام متنوعة .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب من الأحكام ، فهى من مباحث كتب الفقه الإسلامى . ولكننا نستعرض هنا فى إيجاز تام . من خلال هذه الأبواب الثمانية . ما ينطوى تحت عبارة « تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم » من المسائل الرئيسية .

٢٤ — **الأحكام العامة فى الميراث** : فنى الأحكام العامة ، يقرر قانون المواريث أن سبب استحقاق الإرث هو موت المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى فى حالة المفقود ، وموت المورث هو واقعة مادية تنقل ملكية التركة من المورث إلى الوارث . ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، فاذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا كما فى حالة الغرق والهدمى والحرق فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الاخر .

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة : (١) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته . (٢) ديون الميت . (٣) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويمنع من الإرث : (١) قتل الوارث للمورث عمدا ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغا من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى . ويعتبر فى حكم القتل أن يشهد الوارث على المورث شهادة زور تؤدى إلى الحكم على المورث بالإعدام ، مع تنفيذ هذا الحكم . (٢) اختلاف الدين والدار . فلا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض . واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع من الإرث بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها .

٢٥ ـ الارث بالفرض (أصحاب الفروض) : ويبدأ فى التوريث بأصحاب الفروض ، وهم :

(١) الأب والجد الصحيح : ولكل منهما فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل .

(٢) أولاد الأم : ولأولاد الأم فرض السدس ، والثلث للاثنين فالأكثر ، ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء[1] . ويحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا ، والولد وولد الابن وإن نزل .

(٣) الزوج والزوجة : وللزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وللزوجة . ولو كانت مطلقة رجعيا [2] إذا مات الزوج وهى فى العدة ، أو الزوجات ، فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

(٤) البنات وبنات الابن : وللواحدة من البنات فرض النصف ، وللاثنتين فأكثر الثلثان . ولبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة . ويحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل ، بنت الابن التى تكون أنزل منه درجة) ، ويحجبها أيضا بنتان أو بنتا ابن أعلى منها ما لم يكن معها من يعصبها .

(٥) الأخوات الشقيقات والأخوات لأب : وللواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ، وللاثنتين فأكثر الثلثان . وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة ويحجب الأخت الشقيقة كل من الابن وابن

---

(١) وإذا استغرقت الفروض التركة ، يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء .

(٢) فان كان الطلاق بائناً ، ولو بينونة صغرى ، منع ذلك من الميراث شرعاً (نقض مدنى ١٣ نوفبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٨ ص ١٠٤٥) .

الابن وإن نزل ، والأب — ويحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل . كما يحجبها الأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت عصبة مع غيرها والأختان الشقيقتان إذا لم يوجد أخ لأب

(٦) الأم والجدة الصحيحة : وللأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنين أو أكثر من الأخت والأخوات . ولها الثلث في غير هذه الأحوال . غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط . كان لها ثلث مابقى بعد فرض الزوج . والجدة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت . وللجدة الصحيحة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهن على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين . وتحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقا . وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ، ويحجب الأب الجدة لأب ، كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلا له .

هذا وإذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة ، قسمت بيهم بنسبة أنصبائهم في الإرث ، وهذا هو العول . ففي زوج وشقيقتين للزوج النصف فرضا وللشقيقتين الثلثان فرضا ، فزاد مجموع الأنصباء على الواحد الصحيح . فتقسم التركة بينهم بنسبة أنصبائهم . ويكون للزوج ثلاثة أسباع التركة وللشقيقتين أربعة أسباعها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبة من النسب ، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم . ففي بنت وزوجة للبنت النصف فرضا وللزوجة الثمن فرضا ، ويرد باقي التركة وهو ثلاثة الأثمان على البنت دون الزوجة . ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام . فاذا مات الزوج ، ولم يترك من أصحاب الفروض إلا الزوجة ، وليست له عصبة من النسب ولا أحد من ذوي الأرحام ، أخذت الزوجة ربع التركة فرضا وثلاثة أرباعها ردا . ونرى من ذلك أن الرد ، في أحواله المختلفة ، هو نقيض العول

٢٦ ـ الارث بالتعصيب (العصبات) : وإذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض ، أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة ، كانت التركة أو ما بقى منها بعد الفروض للعصبة من النسب . والعصبة من النسب ثلاثة أنواع :

(ا) العصبة بالنفس وهم جهات أربع ، مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل . (٢) الأبوة ، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا . (٣) الأخوة ، وتشمل الإخوة الأشقاء والإخوة لأب وأبناء الأخ الشقيق وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما . (٤) العمومة ، وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب ، وأبناء من ذكر وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

وإذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة ، كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت ، فيقدم الابن على ابن الابن فاذا اتحدوا فى الجهة والدرجة ، كان التقديم بالقوة . فن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب . فاذا اتحدوا فى الجهة والدرجة والقوة ، كان الإرث بينهم على السواء ، فتتناصف التركة أو ما يبقى منها بعد الفروض بين الابنين أو بين الأخوين الشقيقين . والمراد من التقديم سالف الذكر هو التقديم فى الإرث بالتعصيب ، فلا ينفى هذا أن الأب مثلا يرث بالفرض مع الابن الذى يرث وحده بالتعصيب باقى التركة بعد فرض الأب ، فيرث الأب السدس ويرث الابن خمسة الأسداس .

(ب) العصبة بالغير وهن : (١) البنات مع الأبناء . (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتهن مطلقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترثن بغير ذلك . (٣) الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء ، والأخوات لأب مع الإخوة لأب . ويكون الإرث بينهم ، فى جميع هذه الأحوال ، للذكر مثل حظ الانثيين .

(ح) العصبة مع الغير وهن : الأخوات الشقيقات أو لأب يصبحن عصبة إذا اجتمعن مع البنات أو بنات الابن وان نزل ، فيكون لهن الباقى من التركة بعد الفروض . وفى هذه الحالة يعتبرون بالنسبة إلى باقى العصبات فى مقام الأخوة الأشقاء أو لأب . ويأخذن أحكامهم فى التقديم بالجهة والدرجة والقوة [1] .

٢٧ — ارث ذوى الأرحام : وإذا لم يوجد أحد من العصبة بالنسب ، ولا أحد من ذوى الفروض النسبية ، كانت التركة ، أو الباقى منها فى حالة وجود الزوج أو الزوجة ، لذوى الأرحام . وذوو الأرحام أربعة أصناف ،يقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الصنف الأول — أولاد البنات وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن وإن نزل .

الصنف الثانى — الجد غير الصحيح وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث — أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وأولاد الإخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وإن نزلوا ، وبنات الإخوة الأشقاء أو لأب أو لأم وأولادهن وإن نزلوا ، وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا ، وأولادهن وإن نزلوا .

---

(١) هذا وإذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل ، استحق الأب السدس فرضاً ، واستحقت البنت أو بنت الإبن النصف فرضاً ، ثم استحق الأب أو الجد باقى التركة أى الثلث بطريق التعصيب .

وإذا اجتمع الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب والأخوات الشقيقات أو لأب ، كانت له حالتان : الأولى أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط ، أو ذكوراً وإناثاً ، أو إناثاً عصبن مع الفرع الوارث من الإناث . والثانية أن يأخذ الباقى بعد الفروض ، بطريق التعصيب ، إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . على أنه إذا كان الإرث بالتعصيب أو المقاسمة على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس ، اعتبر صاحب فرض بالسدس . ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة أو الأخوات لأب .

الصنف الرابع – ويشمل ست طوائف مقدما بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي : (الطائفة الأولى) أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الثانية) أولاد من ذكروا في الطائفة الأولى وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الثالثة) أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الرابعة) أولاد من ذكروا في الطائفة الثالثة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائه وإن نزلوا ، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا . (الطائفة الخامسة) أعمام أب أب الميت لأم . وأعمام أب أم الميت وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة السادسة) أولاد من ذكروا في الطائفة الخامسة وأن نزلوا ، وبنات أعمام أب أب الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا ، وهكذا[1] .

---

(١) والمواد ٣٢ – ٣٧ من قانون المواريث تبين ، في كل صنف من الأصناف الثلاثة الأولى من ذوي الأرحام ، وفي كل طائفة من الطوائف الست في الصنف الرابع ، من يتقدم على غيره في الإرث من أفراد الصنف أو الطائفة .

هذا ويوجد بعد إرث ذوي الأرحام إرث بالعصوبة السببية ، ثم استحقاق المقر له بالنسب للتركة .

ويشتمل الباب الثامن والأخير من قانون المواريث على أحكام متنوعة ، تتناول توريث الحمل وإرث المفقود وإرث الخنثى المشكل وإرث ولد الزنا وولد اللعان والتخارج . ونجتزىء بهذه الإشارة ، بعد أن قدمنا من المسائل التي اشتمل عليها قانون المواريث ما فيه الكفاية .

§ ٢ – انتقال التركة من المورث الى الوارث

٢٨ – المسائل التى يتناولها البحث : ولم يتناول قانون المواريث كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، إذ لم يعتبر هذا الموضوع من موضوعات الأحوال الشخصية . فالأمر هنا يتعلق بالميراث باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية ، تنتقل به ملكية التركة من المورث إلى الوارث . فهو يدخل إذن فى الأحوال العينية (الأموال) لا فى الأحوال الشخصية . ولكن أحكام الشريعة الإسلامية مع ذلك هى التى تسرى فى شأنه ، وقد صرحت بذلك المادة ٨٧٥ مدنى [١] كما رأينا .

---

(١) وقد احتدم الخلاف ، فى وقت ما فى عهد التقنين المدنى السابق ، فيما إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تسرى فى هذا الموضوع . وكان الرأى الراجح وجوب سريان هذه الأحكام ، فاذا باع الوارث عيناً من أعيان التركة كان لدائنى التركة أن يتتبعوا هذه العين فى يد المشترى وينفذوا عليها . وذهب رأى مرجوح إلى عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يكون لدائنى التركة حق تتبع العين فى يد المشترى ، وليس أمامهم إلا التنفيذ على أموال الوارث الشخصية وعلى مابقى فى يده من أموال التركة ، مع الاحتفاظ بحق الطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها .

ويستند أصحاب الرأى الأول إلى أن المشرع فى عهد التقنين المدنى السابق قد أخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الميراث فى جميع مسائله ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث سبباً لكسب الملكية وانتقالها من المورث إلى الوارث . ولما كان الوارث فى الشريعة الإسلامية لا يستمر فيه شخص مورثه ولا يحل محل المورث فى التزاماته ، فان ديون المورث تتعلق بالتركة . وتبقى التركة ضامنة لديون المورث بعد موته ، كما كان ماله ضامناً لها حال حياته ، ولا يرث الوارث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين فى الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فاذا باع الوارث عيناً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن يتتبعها فى يد المشترى ويستوفى منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك حق رهن عام بمقدار الديون التى لهم ، لأن التركة مثقلة بهذه الديون . ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف فى أعيان التركة ، لأن ضمان الدائنين هى التركة جميعها لا عين بالذات . على أن حق الورثة فى التصرف يقف حين لا يبقى فى التركة إلا ما يكفى للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ فى حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقى منها فى أيدى الورثة كافياً للوفاء بهذه الحقوق . أنظر فى هذا الرأى

فيعنينا إذن ، مادمنا نعرض للميراث باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية ، أن نبين أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الموضوع . فان هذه الأحكام هى الواجبة التطبيق فيما نحن بصدده .

ومن ثم نتناول بالبحث المسائل الآتية : (١) انتقال حقوق التركة إلى الورثة . (٢) متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة . (٣) هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها وما هو مدى نطاق القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين . (٤) حكم تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائنى التركة .

= عبد الحميد بدوى فى مجلة مصر المعاصرة ١٩١٤ ص ١٤ ومابعدها – وملاحظات عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمى عيسى فى ص ٤٠ – وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى ما أشير إليه فى الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ – ومن أصحاب هذا الرأى من يذهب إلى حد القول بحلول الديون المؤجلة بموت المدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (على زكى العرابى فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ – وانظر مقالا له فى المحاماة السنة الأولى العدد الخامس) . ويلاحظ على أصحاب هذا الرأى الأول أنهم يستندون فى إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى المادة ٥٤ / ٧٧ من التقنين المدنى السابق ، والصحيح أن هذا النص هو من نصوص الإسناد فى القانون الدولى الخاص لا من نصوص القانون الداخلى . وإنما يرجع إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى أن القوانين المصرية تركت جميع مسائل الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يتعرض لها المشرع المصرى بأى حكم موضوعى . وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى السارية فى الميراث ، فبقيت سارية حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد مادام أنها لم تنسخ بأى نص من نصوص هذا القانون .

أما أصحاب الرأى الثانى فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى فى تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الميراث ، لا فى كيفية انتقال المال من المورث إلى الورثة فذلك ليس متصلا بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل فى أسباب كسب الملكية فتسرى فى شأنه المبادىء العامة فى القانون المدنى . ومن ثم يجب أن تنفصل أموال التركة عن أموال الوارث الشخصية ويتقدم دائنو المورث على دائنى الوارث فى اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الضمان العام الذى كان لهم فى حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينياً بالموت ، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشترى سيء النية . وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له أن يطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث =

٢٩ – انتقال حقوق التركة إلى الورثة : تنتقل جميع حقوق الوارث المالية – وهذه هي حقوق التركة – إلى الورثة عن طريق الميراث بوفاة المورث ، إذ الوارث خلف المورث في الحقوق المالية . وقد قلنا في هذا المعنى في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي : « وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث ، فذلك بفضل خلافة الوارث للمورث . فكرة الخلافة هذه تقضي بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه ، فيجب إذن أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات ، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق . بل لعل الأدق

= التزم في أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منعه من التصرف إلا بالحجر . أنظر في هذا الرأي أحمد عبد اللطيف في المحاماة السنة الثانية العدد الثالث – عبد الوهاب محمد في الشرائع السنة الأولى ص ٥٧ – وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ .

وقد أخذت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بالرأي الأول . فقضت بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخولهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل المواريث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة التعلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية ، وهي على ما سبق القول القانون في المواريث . وإذن فالحكم الذي ينفي حق الدائن في تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلا ، مخالف للقانون (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ورقم ١٦٠ ص ٣٥٦) .

أنظر في كل ذلك : الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ – رسالة الدكتور علي إبراهيم الرجال في مدى تعلق حق الغرماء بالتركة – رسالة الدكتور حسن بغدادي في التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ص ٣٠١ وص ٣٢٧ و ص ٣٣٦ – أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي في البيع فقرة ١٩٩ – فقرة ٢٠٤ – حامد زكي في المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية مجلة القانون الاقتصاد السنة الرابعة – محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٦٧ – محمد كامل مرسي ٥ فقرة ١٠٣ – فقرة ١٠٦ .

أن يقال إن الوارث هو الذى ينتقل ليحل محل مورثه فى مجموع حقوقه ، فيقوم مقامه فى هذه الحقوق ويخلفه عليها . ومثل الوارث الموصى له بجزء من مجموع الحقوق ، فان نظرية الخلافة تتسع له كما اتسعت للوارث ؛ إذ أن كليهما يخلف الميت فى مجموع الحقوق لا فى حق معين بالذات »[١] .

ويؤيد ذلك ماذهب إليه الحنفية من أن حق التعلى مستقلا عن البناء المستعلى ينتقل بالميراث ، ولا ينتقل بالبيع . وذلك لأن انتقاله بالميراث لا يكون باعتباره حقا معينا بالذات ، بل باعتباره عنصرا داخلا فى مجموع المال الذى خلف عليه الوارث المورث . أما انتقاله بالبيع فلا يجوز ، لأن البيع لا ينقل إلا حقا معينا بالذات ، ولا يكون حق التعلى حقا معينا بالذات إلا إذا كان تابعا للبناء المستعلى [٢] .

والحقوق التى تنتقل إلى الوارث هى الحقوق المالية : فتنتقل إليه ملكية أعيان التركة ، والحقوق العينية الأصلية الأخرى التى للمورث إلا ما كان منها ينقضى بالموت كحق الانتفاع ، والحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز[٣] . أما ما كان من الحقوق ليس حقا ماليا ، وما كان حقا ماليا ولكنه متصل بشخص المورث ، وما اتصل بمشيئة المورث لا بماله ، فان شيئا من هذا لا ينتقل إلى الوارث ، لأن طبيعة الحق تستعصى على هذا الانتقال ، وتأبى إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلى وزواله بموته .

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ هامش ١ .

(٣) وينتقل إلى الوارث أيضاً الحق فى إبطال العقد ، إذ هو حق مالى ينتقل بالميراث . وقد قضت محكمة النقض بأن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه ، فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه . وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً ، فانه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٦١) .

ومثل الحقوق غير المالية حق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال ، فهذه كلها لا تنتقل إلى الوارث لأنها حقوق غير مالية .

ومثل الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث الحق فى النفقة ، سواء كان الدائن بها زوجة أو قريبا ، فلا ينتقل هذا الحق إلى الوارث بعد موت الدائن بالنفقة ، وذلك مالم يأذن القاضى للدائن بالاستدانة ويستدن فعلا . كذلك حق الرجوع فى الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، فلا ينتقل منه إلى وارثه ، بل يسقط بموته . وقد أكدت هذا المعنى المادة ٥٠٢ مدنى ، حين جعلت من موانع الرجوع فى الهبة موت أحد طرفى العقد ، الواهب أو الموهوب له . وحق الأجل فى الدين قام فيه خلاف من حيث اتصاله بشخص المدين لا بشخص الدائن .
فهو يورث عن الدائن دون خلاف فى ذلك ، فاذا مات الدائن قبل حلول الأجل بقى الأجل على حاله ولم يحل الدين ، وعلى ورثة الدائن أن يتربصوا حتى يحل الأجل ليطالبوا بحق مورثهم . أما إذا مات المدين قبل حلول الأجل ، فمن يقول باتصال الأجل بشخص المدين لا يجعل الأجل ينتقل إلى الوارث فينتفع بما بقى منه كما كان ينتفع المدين لو بقى حيا ، وعلى ذلك يسقط الأجل بموت المدين ولا ينتقل إلى الوارث ، فيحل الدين ولو لم يحل أجله . وظاهر أن هذا القول يتعارض مع ما هو مقرر فى القانون المصرى من أن الأجل فى الدين متصل بالدين ذاته لا بشخص المدين ، بل هو وصف فى الدين ، فاذا مات المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم ينقض . وقد حصرت المادة ٢٧٣ مدنى أسباب سقوط حق المدين فى الأجل ، وليس الموت من بينها ، فالأجل إذن لا يسقط بموت المدين . ولا شك فى أن هذا هو القانون الوضعى فى مصر ، فلا تجوز مخالفته .
بقى أن نتلمس قولا فى الفقه الإسلامى يتفق مع هذا الحكم ، حتى لا يتعارض الفقه الإسلامى مع أحكام القانون فى مسألة قلنا إن أحكام الشريعة الإسلامية تسرى فى شأنها . وفى مذهب مالك لا يسقط الأجل بموت المدين ،

إذا اشترط المدين بقاء الدين مؤجلا بعد موته إلى أن ينقضى الأجل [١] . ولكن هذا لا يكفى ، إذ يكون الأصل فى الأجل عند مالك أن يسقط بموت المدين إلا إذا اشترط المدين بقاءه بعد موته . أما فى القانون المصرى فالأجل لا يسقط بموت المدين ، سواء اشترط المدين بقاءه بعد موته أو لم يشترط . والأقرب إلى القانون المصرى فى هذه المسألة هو رواية فى المذهب الحنبلى [٢] ، ففى هذا المذهب روايتان فى سقوط الأجل بموت المدين . إحداهما أن الأجل لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة الدين [٣] . ومعنى توثيق الورثة للدين أن يقدموا ضمانا للدائن يأمن به

---

(١) أنظر على الخفيف فى بحثه فى تأثير الموت فى حقوق الإنسان والتزاماته المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة العددين الخامس والسادس ص ٢٣ – وانظر أيضاً محمد أبو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص ٣٨ – ص ٣٩ .

(٢) وغنى عن البيان أننا لا نلتزم ، فى الملاءمة ما بين أحكام القانون الوضعى وأحكام الشريعة الإسلامية ، أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، فهذا لا يشترط إلا فى الأحوال الشخصية فيما لم يرد فى شأنه نص تشريعى . وفى غير ذلك يجوز الاستناد إلى المرجوح من الأقوال فى المذهب الحنفى ، وإلى غير المذهب الحنفى من المذاهب الفقهية الأخرى حتى لو كان مذهباً غير المذاهب الأربعة المعروفة ، وإلى أية رواية من الروايات التى وردت فى هذه المذاهب المختلفة .

(٣) وقد جاء فى المغنى (وهو من كتب الفقه الحنبلى) فى هذا الصدد : «إن مات وعليه ديون مؤجلة ، فهل تحل بالموت ؟ فيه روايتان . إحداهما لا تحل إذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبى عبيد ، وقال طاوس وأبو بكر بن محمود الزهرى وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن . والرواية الأخرى أنه يحل بالموت ، وبه قال الشعبى والنخعى وسوار ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . لأنه لا يخلو إما أن يبقى فى ذمة الميت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال . لا يجوز بقاؤه فى ذمة الميت ، لخرابها وتعذر مطالبته بها . ولا فى ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضى صاحب الدين بذممهم وهى مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله ، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . أما الميت فلأن النبى صلى الله عليه وسلم قال الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه . وأما صاحبه ، فيتأخر حقه ، وقد تتلف العين فيسقط حقه . وأما الورثة ، فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم . ولنا . . أن الموت ما جعل مبطلا للحقوق ، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم من ترك حقاً أومالا فلورثته . فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ، ويتعلق ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس –

على حقه . وهذا هو نفس ماتقضى به المادة ٢/٨٩٥ مدنى فى تصفية التركة تصفية جماعية ، إذ تقول : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص ، أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » . وإذا لم تصف التركة تصفية جماعية ، فنى تأشير الدائن بحقه ، وفقا لأحكام المادة ٩١٤ مدنى وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى ، ضمان كاف يطمئن معه الدائن إلى استيفاء حقه من التركة حتى مع بقاء الأجل قائما بعد موت المدين . ويقوم هذا الضمان مقام توثيق الورثة للدين .

ومثل الحقوق المالية التى تتصل بمشيئة المورث لا بماله الخيارات . وحق الأخذ بالشفعة [١] . وأهم الخيارات هى خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف . ويذهب الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث ، إذ هى متصلة بشخص صاحب الخيار ، وليست إلا اتجاها لإرادته ومظهرا من مظاهر مشيئته . وليس للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت ، فتنتهى به ولا تنتقل إلى الوارث . إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت للوارث بعد موت المورث ابتداء ، لا بطريق الوارثة والخلافة . لأن هذه الخيارات إنما تثبت لعلل تحققت فى العين ذاتها . فخيار التعيين

= عند الحجر عليه . فان أحب الورثة أداء الدين (عندحلول أجله) والتزامه للغريم ويتصرفون فى المال ، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين ملىء أو رهن يثق به لوفاء حقه ، فانهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم ، فيؤدى ذلك إلى فوات الحق . . . وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت ، تساووا فى التركة فاقتسموها على قدر ديونهم . وإن قلنا لا يحل بالموت ، فعرفنا . فان وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة عن التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية » (المغنى ٤ ص ٤٨٥ – ص ٤٨٧)

(١) سنعرض ، عند الكلام فى الشفعة لما إذا كان حق الأخذ بالشفعة ينتقل إلى الوارث (أنظر مايلى فقرة ١٦٣) .

يثبت نتيجة لاختلاط المال ، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لضياع بعض المال أو نقصه . وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث ، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة ، لا لأن الخيار انتقل إليه من وارثه . ويذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث ، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق . وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والخلافة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها . وكذلك الحكم فى خيار الشرط عند الشافعي ومالك إذ هو حق مالى يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، خلافا لأحمد فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته ، أما إذا لم يختر قبل الموت فلا يورث الخيار (١) .

---

(١) أنظر فى كل ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٤ ص ٦٩ – ص ٧٠ – وقد جاء فى الفروق للقرافى وهو من كتب الفقه المالكى : «أعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات عن حق فلورثته . وهذا اللفظ ليس على عمومه ، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها مالا ينتقل . فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان ، وأن يفىء بعد الإيلاء ، وأن يعود بعد الظهار . وأن يختار من نسوة أسلم عليهن وهن أكثر من أربع ، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما وإذا جعل المتبايعان له الخيار ، فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه . ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب : كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها ، وكالأمانة والوكالة . فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شىء . وإن كانت ثابتة للمورث . بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال ، أو يدفع ضرراً عن الوارث فى عرضه بتخفيف ألمه . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث . والسر فى الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً ، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك ، وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به : فاللعان يرجع إلى أمر يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالباً ، والاعتقادات ليست من باب المال ، والفيئة شهوته ، والعود إرادته ، واختيار الأختين والنسوة أربه وميله ، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه . ولا ينتقل شىء من ذلك للوارث ، لأنه لم يرث مستنده وأصله . وانتقل للوارث خيار الشرط فى المبيعات ، وقاله الشافعى رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة وأحمد ابن حنبل لا ينتقل إليه . وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى مورثه عبداً من عبدين على أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات الموصى له بعد موت الموصى ، وخيار الإقالة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد . . وخيار الهبة وفيه خلاف

٣٠ — متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة : وإذ قررنا أن الحقوق المالية تنتقل بالميراث من المورث إلى الورثة ، فانه يبقى أن نحدد متى تنتقل هذه الحقوق إلى الورثة . وقد اختلفت المذاهب فى تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة .

فعند المالكية ، تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، فاذا ماسدد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة من وقت السداد .

وعند الحنفية ، يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فان كان الدين مستغرقا ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة [١] ، فاذا ماصفيت وسددت الديون لم يبق من التركة شيء لأن الدين مستغرق لها . وأما إن كان الدين غير مستغرق . فالرأى الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل فى هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ،

ومنع أبوحنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع . . . ووافقناه نحن على خيار الهبة فى الأب للابن بالاعتصار . . . وسلم الشافعى جميع ماسلمناه ، وسلم خيار الإقالة والقبول . ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد ، فإن آثار العقد انتقلت للوارث . وعند أبى حنيفة صفة للعاقد لأنها مشيئته واختياره ، فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته . . . . ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع فى الأعضاء . فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال ، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه . وأما قصاص النفس فإنه لا يورث ، فإنه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث » (الفروق للقرافى جزء ٣ ص ٢٧٥ — ص ٢٧٩)

(١) بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يكفى أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأى المشهور فى المذهب الحنفى . وفى قول آخر ، يكفى لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون (أنظر الوسيط ؛ فقرة ١٩٠ ص ٣٤٠)

ورأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفى لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة .

وعند الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين ، تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فورا بموت المورث مع تعلق الدين بها ، سواء كان الدين غير مستغرق للتركة أو كان مستغرقا لها[1] .

ولا شك فى أن أموال التركة ، فى القانون المصرى ، تنتقل ملكيتها إلى الوارث فورا بمجرد موت المورث ، سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة ، وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقا . وذلك لأن الميراث سبب لكسب الملكية كما بينا ، فتنتقل الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها . والميراث يكون بموت المورث ، ومن ثم تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث . وقد أكدت ذلك المادة الأولى من قانون المواريث إذ نصت على أن « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى »[2] . وعلى ذلك يكون حكم القانون

---

(١) أنظر فى عرض هذه المذاهب المختلفة والأدلة التى يحتج بها كل مذهب : على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ – ص ١٧٤ .

(٢) ولا يجوز إسناد موت المورث لتاريخ سابق على وقت حصوله ، وقد جاء فى تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الخاص بقانون المواريث فى هذا الصدد ما يأتى : «بالنسبة لجواز إسناد الوفاة لتاريخ سابق اختلف رأى اللجنة . فاتجه رأى فريق من أعضاء اللجنة إلى عدم جواز الإسناد . واعتمد فى تبرير رأيه إلى أن الموت إما أن يكون حقيقة أو حكماً . ففيما يتعلق بالموت الحقيقى ، للقاضى أن يحكم – كلما توافرت لديه الأدلة المقنعة – بأن الوفاة وقعت فى تاريخ معين ؛ وله فى ذلك مطلق الحرية فى التقدير أسوة بكل نزاع آخر يعرض عليه للفصل فيه. أما الموت الحكمى فيحتاج بالضرورة إلى حكم يصدر من القاضى ، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات حكماً . فحكم القاضى يقرر الوفاة ويظهرها فى الحالة الأولى ، ولكنه ينشئها فى الحالة الثانية . ويعززون رأيهم بأن هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الغراء ؛ وبالتالى فكل رأى يخالفه يعوزه السند الشرعى ، وأنهم بهذا الرأى يتمشون مع المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالمفقود . ويضيفون إلى ما تقدم أنه يصعب جداً وضع ضابط محكم يسترشد به القاضى عند إسناد الوفاة إلى تاريخ دون آخر ، إذ قد يترتب على هذا الإسناد حرمان شخص من الإرث أو ثبوت حقه فيه . فترك المسألة إلى القاضى يحكم فيها بما يمليه عليه تقديره قد يوقعه فى الحرج . . . وقد ناقشت اللجنة هذين الرأيين طويلا ، وانتهت إلى ترجيح الرأى الأول أخذاً بالأضبط والأحوط».

المصرى فى هذه المسألة متفقا مع الشريعة الإسلامية ، وذلك فى مذهبين من مذاهبها : الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين .

ويلاحظ أن تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة بموت المورث لا يعنى حتما أن الورثة يستطيعون التصرف فى هذه الأعيان من ذلك الوقت ، فان ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بها فلا يستطيعون التصرف فيها على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن هناك نتائج أخرى تترتب على تحديد وقت انتقال أعيان التركة إلى ملك الورثة بموت المورث ، لا بوقت سداد الديون [1] .

٣١ – هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها – مدى نطاق القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين :

والآن نعرض لأهم مسألة تبرز بين مسائل انتقال التركة إلى الورثة ، وإن كانت أهميتها أصبحت الآن أهمية نظرية بعد أن عالجها التقنين المدنى الجديد وقانون الشهر العقارى علاجا عمليا .

فهناك قاعدة معروفة فى الفقه الإسلامى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فهل تعنى هذه القاعدة بأن ديون التركة لا تنتقل إلى الورثة

(١) أنظر فى هذه النتائج بحث الأستاذ على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٧٤ – ص ١٧٧ . ويذكر من هذه النتائج ما يأتى :

أ – نماء أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة متصلة أو منفصلة ، كالثمرة والسمن والولد والريع ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت ، يكون ملكاً للميت ، فتقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه الزيادة تكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه . وقد أخذت محكمة النقض بأن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فقضت بأن الدين ، وإن كان مستغرقاً للتركة ، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته . وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة وريعها يكون حقاً خالصاً للورثة ، ولا يتعلق حقهم بالأصل فقط . وقد قال بهذا الرأى فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية فى تفسير قاعدة «لا تركة إلا بعد وفاء الدين» ، وهو قول يتفق مع أحكام القانون المدنى . فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لا يصح الاستناد إليه فى التمسك بقاعدة «لا تركة إلا بعد وفاء الدين» ، فى وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه فى التركة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى مدى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٩٩٩ رقم ٨) .

كما تنتقل حقوقها ، وأن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الديون ؟

هذا هو الرأى المشهور فى الفقه الإسلامى ، فاذا مات المورث عن دين فى ذمته ، بقى الدين فى التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة[١] . ويكون لدائنى التركة أن ينفذوا بحقوقهم على أموال التركة ، حتى لو تصرف فيها الوارث كما سنرى . وليس لهم أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، فالتركة وحدها هى المسئولة عن ديونها ، ولا تختلط بأموال الوارث . وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، فان دين التركة فيه ينتقل إلى ذمة الوارث ، ولدائنى التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، إلا إذا رفض الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنيب أو الجرد (sous bénéfice d'inventaire)[٢] . والحقوق التى تترتب على التركة فى الفقه الإسلامى

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القول بأن الوارث مسئول عن دين مورثه بمقدار ما ورثه معناه اختلاط مال المورث ومال الوارث ، وهو أمر غير معروف فى القانون المصرى مادامت أعيان التركة موجودة ولم يحصل التصرف فيها ، كما أن الشريعة الإسلامية كذلك لا تقر هذه النظرية . ولا تعترف الشريعة الإسلامية بانتقال شخصية المورث لوارثه ، فمتى توفى المورث انتقلت جميع الالتزامات التى كانت بذمته إلى تركته لا إلى ورثته ، فلا يعتبر الوارث إذن مسئولا شخصياً عن ديون التركة (استئناف مصر ٤ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٢ ص ١٢٦١) .

(٢) ومركز الوارث فى الشريعة الإسلامية قريب من مركز الوارث بشرط التجنيب أو الجرد فى القانون الفرنسى ، فشخصية الوارث تبقى مستقلة عن شخصية المورث فى الحالتين ، وفى الحالتين أيضاً تتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد فى القانون الفرنسى ، كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ، ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشترى إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه للغير . وقد أخذ المشرع المصرى فى انتقال التركات بما يتقارب فى هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسى بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد ، لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته . وعلى ذلك فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف فى أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف فى ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر ، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو مقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٦٠) .

هى على الترتيب الآتى : (أولا) حق الميت فى تجهيزه ودفنه . (ثانيا) حقوق دائنى التركة . (ثالثا) حقوق الموصى لهم فيما لا يجاوز ثلث التركة بعد سداد ديونها ، إلا إذا أجازت الورثة ما يزيد على ذلك . (رابعا) حقوق الورثة ، وتأتى بعد وفاء حق الميت وسداد ديون التركة وتنفيذ الوصايا .

ولكن ما دام دين التركة لا ينتقل إلى ذمة الوارث بعد موت المورث ، ففى ذمة من إذن يكون ؟ هنا اختلفت المذاهب الفقهية وتضاربت فيها الروايات ، ويمكن تلخيص هذا الاختلاف فى إيجاز على الوجه الآتى :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبقى فى ذمة الميت حتى بعد موته . فهم يفترضون بقاء الذمة قائمة بعد الموت ، ولكن بشرط أن تتقوى بتركة أو بكفيل . وتقوية الذمة بتركة أو بكفيل معناه أن هناك ضمانا للدين يكفل سداده ، وهذا الضمان إما أن يكون تركة الميت فهى مسئولة عن ديونه ، أو كفيلا يتركه الميت بدينه فيكون الكفيل هو المسئول عن سداد الدين . ومتى وجد هذا الضمان . أمكن افتراض بقاء ذمة المدين قائمة بعد موته ، ففى هذا الافتراض فائدة هى بقاء الدين قائما إلى أن يسدد إما من التركة أو من الكفيل . أما إذا لم يترك الميت تركة أو كفيلا بالدين ، فلا سبيل إلى سداد الدين ولا فائدة من افتراض ذمة الميت قائمة تتحمل به . ومن ثم تخرب الذمة ويسقط الدين . ولا شك فى أن افتراض ذمة الميت قائمة بعد موته هو مجرد مجاز قانونى لا يطابق الحقيقة ، فالواقع أن المدين إذا مات لم تعد له ذمة باقية . وليس افتراض قيام ذمته بعد موته إلا من قبيل الصنعة القانونية .

وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها . والدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . فإذا مات المدين ولم يترك مالا ، سقط دينه لانعدام محله . والمالكية فى هذا هم أيضا قد لجأوا إلى الصنعة القانونية . ويمكن تفسير قولهم ، فى لغة القانون الحديث ، بأحد تفسيرين . فإما أن يقال إن التركة تصبح فى هذه الحالة

شخصا معنويا ، يتعلق الدين بذمته[١] . وهذا القول يتعارض مع أحكام القانون الوضعي في مصر ، فقد عددت المادة ٥٢ مدنى الأشخاص المعنوية وليست التركة من بينها . أو أن يقال إن تركة المورث تصبح ذمة مالية (patrimoine) مستقلة تضاف إلى ذمة الوارث الأصلية وتتميز عنها ، فتتعدد ذمة الوارث المالية[٢] ، وقد أقرت النظرية الحديثة فى الذمة المالية تعدد الذمة كما بينا عند الكلام فى هذا الموضوع فى الجزء الثامن من الوسيط . ولكن تعدد الذمة المالية للشخص الواحد لا يتنافى مع أن كلا من هذه الذمم المالية المتعددة هو ذمة لهذا الشخص ، فتكون تركة المورث ، وهي ذمة مالية مضافة إلى ذمة الوارث الأصلية ، هى ذمة مالية للوارث نفسه . ويكون مؤدى القول بأن دين الميت يتعلق بتركته أن هذا الدين يتعلق باحدى ذمتي الوارث ، فهو إذن يتعلق بذمة الوارث على كل حال . وهذا ما لم يرده المالكية ، فهم قد قصدوا بجعلهم الدين يتعلق بالتركة أن يفصلوه عن ذمة الوارث بقدر ما قصدوا أن يفصلوه عن ذمة المورث .

أما الحنابلة ، فمنهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية فقال إن الدين يتعلق بذمة الميت على فرض بقائها قائمة بعد موته ، ومنهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن الدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . وهناك رأى ثالث فى المذهب الحنبلى يذهب إلى أن الدين لا يتعلق بذمة الميت ولا يتعلق بالتركة ، وإنما يتعلق بذمة الوارث ولكن فى حدود ما يتركه الميت من أموال . وهذا الرأى الأخير هو الذى نقف عنده ، فهو أقرب إلى المعمول به فى القانون الفرنسى إذا قبل الوارث الميراث بشرط الجرد أو التجنيب . وهو فى الوقت ذاته أكثر انسجاما مع المنطق الذى ساد الفقه الإسلامى فى انتقال الحقوق إلى الورثة : فكما أن حقوق التركة تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث عند الشافعية فى المذهب الجديد وعند الحنابلة فى أشهر الروايتين كما قدمنا ، فمن العدالة والمنطق

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية الحق سنة ١٩٥٧ فقرة ٣٩ .

(٢) حسن كيرة ص ٣٧ – ص ٣٨ .

أن تنتقل أيضا ديون التركة إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث . فان الحقوق تقابلها الديون ، فتنتقل الديون إلى ذمة الوارث فى حدود ما انتقل إلى ذمته من الحقوق . وسنرى أن القانون الوضعى فى مصر ، فى تنظيمه لحماية دائنى التركة فى كل من التقنين المدنى وقانون الشهر العقارى ، يتفق مع هذا الرأى الأخير فى مذهب الحنابلة . ومن ثم يكون انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، بمالها من حقوق وما عليها من ديون ، وهى مسألة يجب أن تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية كما قدمنا ، يتفق فيها التقنين المدنى مع الفقه الإسلامى فى بعض مذاهبه .

على أن اختلاف مذاهب الفقه الإسلامى ، فى انتقال ديون التركة ، ليست له آثار عملية . فقد اتفقت هذه المذاهب على أن دين الميت يستوفى مما يتركه الميت من أموال ، فتصبح تركة الميت هى المسئولة عن سداد ديونه . والدين على هذا النحو يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفى الدين من مالية التركة لا من عين بالذات [1] .

٣٢ – حكم تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون

وما يجب من الحماية لحقوق دائنى التركة : وما دامت تركة الميت هى المسئولة عن سداد ديونه كما قدمنا ، فما هو حكم تصرف الوارث فى عين من أعيان التركة قبل سداد الديون ، هل يكون صحيحا أو يبطل ؟

اختلفت المذاهب الفقهية فى ذلك ، ولكنها لا تربط الصحة والبطلان بوقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة ، وإلا لوجب القول بأن من يذهب إلى انتقال الملكية بمجرد موت المورث وقبل سداد الديون يجعل تصرف الوارث قبل سداد الدين صحيحا مادامت الملكية قد انتقلت إليه ، ولكننا سنرى أن هذا غير مطرد .

فعند الشافعية - وهم يقولون كما رأينا بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فورا بمجرد موت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن

(١) على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٣ – ص ١٥٦ .

يتصرف فى أعيان التركة المدينة . ولو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عندهم مانع من بيع العين المرهونة . على أن فى مذهب الشافعى رواية أخرى تقضى بأنه يصح تصرف الوارث فى التركة المدينة ، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضاء المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض . فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ التصرف . ويتساوى الدائنون فى اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر دائن لم يكن معروفا وقت أن اقتسم الدائنون التركة ، رجع عليهم وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه (١) .

وفى مذهب الحنابلة روايتان . أشهرهما أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فورا بموت المورث مع تعلق الدين بها ، فان تصرف الوارث فى التركة قبل سداد الدين صح تصرفه ولزمه أداء الدين ، فان أداه نفذ التصرف وإن لم يؤده فسخ . والرواية الثانيــة تقضى بأن أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين ، فان تصرف الوارث فى مال التركة قبل سداد الدين لم يصح التصرف ، لأنه يكون قد تصرف فى غير ملكه (٢) .

ورأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فان استغرق الدين أموال التركة ، تبقى هذه الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة ، ويكون أى تصرف للوارث فى مال التركة باطلا فى هذه الحالة . وإن لم يستغرق الدين أموال التركة ، فبالرغم من أن هناك قولا بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة ، لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف فى هذه الأموال : فان تصرف كان تصرفه باطلا . وهناك من فقهاء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث فى هذه الحالة يكون صحيحا نافذا ما بقى فى التركة ما يفى بسداد الدين ،

---

(١) أنظر فى ذلك المهذب جزء أول ص ٣٢٧ .

(٢) أنظر فى ذلك المغنى جزء ٤ ص ٤٨٧ .

أو إذا أجاز الدائن التصرف(١) .

وعند المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين . يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث

---

(١) أنظر فى ذلك المبسوط جزء ٢٩ ص ١٣٧ – ص ١٣٨ – الزيلعى جزء ٥ ص ٢١٣ – ص ٢١٤ وجزء ٦ ص ٢١٤ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر ، تطبيقاً لهذا الرأى فى مذهب الحنفية ، بأن التركة المستغرقة بالديون ، طبقاً لشريعة الغراء ، لا يملكها الوارث ولا يملك التصرف فيها ؛ وكل تصرف منه يقع باطلا بالنسبة إلى الدائنين لأن لهم حق متابعة التركة . أما غير المستغرقة ، فقد أباح الفقهاء للورثة التصرف فى أعيانها حتى لا تتعطل فى أيديهم . ولذلك لا يجوز للدائن التعرض لهم فى تصرفاتهم فيها . على أن حق الوارث ليس مطلقاً ، بل يقف حين لا يبقى فى التركة إلا ما يكفى للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على ذلك فهو باطل (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٧ ص ١٦٥) . وقضت أيضاً بأن ليس للوارث حق التصرف فى التركة قبل سداد الدين ، ولا يمنع ما يحصل من تصرف منه الدائن من متابعة أعيان التركة فى يد المشترى لاستيفاء حقوقه منها ، لأن الوارث لا يستطيع أن يبيع أكثر مما يملك ، ولا يملك من التركة إلا ما يتبقى بعد سداد الدين ، فلا يمكنه أن يبيع ولا أن يملك المشترى إلا بهذا القدر . ويقع باطلا كل تصرف فى التركة قبل سداد ديونها . ولا محل فى هذه الحالة للبحث فيما إذا كانت شروط دعوى إبطال التصرفات الضارة بالدائن متوافرة ، أو دعوى الصورية متوافرة أو غير متوافرة (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٢٠ ص ١٠١) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤ – استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣ – ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ – ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ – ٢٣ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٣١ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١١٩ – ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٥ – ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ (ويقع عبء إثبات أنه لا يزال باقياً فى التركة مال لوفاء الديون وتعيين هذا المال على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) – ١٩ نوفبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ١٥ – ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧١ – ٤ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٧ (عبء إثبات أن فى التركة مالا معيناً فى بديونها يقع على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) – ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ – ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٦ – ١٠ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٦ – ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٤ – فإذا كانت التركة مستغرقة ، وتصرف الوارث ، وأهمل الدائن فى تقاضى حقه مدة طويلة (ثلاثين سنة) ، لم يكن له بعد هذا الإهمال أن يتتبع العين فى يد من تصرف له الوارث (استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣١) .

وقارن استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١٩٤ ص ٤٤٥ .

فى أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا . سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين فى المذهب ، وليس مبنيا على انعدام ملك الورثة ، بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على الورثة . والرأى الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو ينزل عن دينه ، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفى لسداد الدين . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالتان : الحالة الأولى أن يكون الوارث عالما بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشترى قيمة المبيع يوم قبضه ، فاذا دفعها لزم البيع ورجع المشترى على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولم يكن الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أولا ، ولا رجوع لهم على المشترى بشىء إلا إذا حاباه الوارث فى البيع فيرجع الدائنون بقدر المحاباة فقط . ويتساوى الدائنون فى اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه ، رجع على الورثة بما فى أيديهم من أموال التركة . فان لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه ، رجع على الدائنين بما فاته من حصته [(١)] .

ويخلص مما قدمناه فى اختلاف المذاهب الفقهية أن منع الورثة من التصرف فى أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل هذا السداد ، بل يرجع إلى حماية دائنى التركة . ولما كان نظام شهر الحقوق عن طريق التسجيل أو القيد نظاما حديثا لا تعرفه القوانين القديمة ولم يكن مستطاعا حماية حقوق الدائنين عن طريق الشهر . وقد

---

(١) أنظر فى ذلك المدونة الكبرى جزء ٣ ص ٥٧ — ص ٥٩ .

وانظر فى كل ما تقدم مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جزء ٥ ص ٨٧ — ص ٩٣ - وانظر أيضاً الوسيط ٤ فقرة ١٩١ .

لجأ الفقه الإسلامى لحماية حقوق دائنى التركة إلى أحد طريقين : (١) إما أن يجعل تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الديون باطلا ، وبذلك تبقى الأعيان فى التركة لينفذ عليها الدائنون . ونجد هذا القول فى كل من المذاهب الأربعة على النحو الذى أسلفناه ، وهو طريق فيه إمعان فى حماية الدائنين وتضحية لمصالح الورثة ومن يتصرف له هؤلاء . (٢) أو يوفق بين حق الدائن وحق الوارث ، فيبيح تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين ويجعل هذا التصرف صحيحا ، ولكنه لا يجعله نافذا فى حق الدائن إلا إذا أجاز الدائن التصرف أو نزل عن دينه أو استوفى هذا الدين أو بقى فى التركة مال يكفى للوفاء به . وهذا القول الآخر نجده أيضا فى كل من المذاهب الأربعة ، كما سبق البيان .

ولما كان التقنين المدنى قد صرح ، كما رأينا ، بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى انتقال التركة إلى ملك الوارث . فانه قد التزم هذه الأحكام ، واختار من المذاهب المختلفة ما يتلاءم مع مبادئه العامة[1] . ومن ثم فقد قرر ، فى انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث وفى

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالتزام أرجح الأقوال فى فقه الحنفية . فقد قضت بأن الشارع ، إذ أخضع دعاوى الحقوق للقانون المدنى وجعلها من اختصاص المحاكم المدنية ، فقد أبقى المواريث خاضعة للشريعة الإسلامية تقضى فيها المحاكم الشرعية بصفة أصلية طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية . فإن تعرضت لها المحاكم المدنية بصفة فرعية ، كان عليها أن تتبع نفس المنهج . ثم صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ مقننا أحكام الإرث فى الشريعة الإسلامية ، فلم يغير الوضع السابق بل أكده . وأعقبه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، فنص صراحة على أن «قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا بالنسبة إلى المصريين كافة من مسلمين وغير مسلمين» . على أنه إذا كان المتوفى غير مسلم ، جاز لورثته طبقاً لأحكام الشريعة الغراء الاتفاق على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى . وإذا كان الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام ، وإلى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص ، متعيناً بالنسبة إلى حقوق الورثة فى التركة المدينة ومدى تأثرها بحقوق دائنى المورث باعتبار ذلك من أخص مسائل المواريث ، فإن القانون المدنى إذ يقرر حكم تصرف الوارث فى التركة المدينة ، باعتبار هذا التصرف عقداً من العقود ، إنما يقرر ذلك على أساس ما خولته الشريعة للوارث من حقوق (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) .

حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون ، المبادىء الرئيسية الآتية :

أولا – تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق دائنى التركة بها . فتنتقل هذه الأموال إلى الورثة مثقلة بحق عينى[1] : قريب من أن يكون حق رهن ولكنه رهن مصدره

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف له الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل فى مسائل المواريث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العينى لدائن التركة التعلل بأن الحقوق العينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الوضعى ، وذلك لأن عينية الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية ، وهى ، على ما سبق القول ، القانون فى المواريث (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت أيضاً بأن مؤدى قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الدين أن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم ، دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة . أما إذا كان الدين قد انقضى بالنسبة إلى أحد الورثة بالتقادم ، فإن لهذا الوارث ، إذا ما طالبه الدائن قضائياً ، أن يدفع بانقضاء الدين بالنسبة إليه – كما لا تمنع المطالبة بالدين من تركة المدين المورث من سريان التقادم بالنسبة إلى بعض ورثة المدين دون البعض الآخر الذين انقطع التقادم بالنسبة إليهم ، متى كان محل الالتزام بطبيعته قابلا للانقسام (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤) . وقضت كذلك بأن ورثة المدين ، باعتبارهم شركاء فى تركته كل منهم بحسب نصيبه ، إذا أبدى واحد منهم دفاعاً مؤثراً فى الحق المدعى به على التركة ، كان فى إبدائه نائباً عن الباقين ، فيستفيدون منه . وذلك لأن التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة ، وللدائنين عليها حق عينى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤدى شىء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها . وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ، ويكفى أن يبديه البعض ليستفيد منه البعض الآخر . فإذا تمسك بعض الورثة فى دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من دين عليه بسقوط هذا الدين بالتقادم ، فإنهم يكونون فى هذا الدفع نائبين عن باقى الورثة الذين لم يشتركوا فى الدعوى ، ويفيد من الحكم بسقوط الدين الورثة الآخرون الذين لم يشتركوا فى الدعوى (نقض مدنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

القانون ، ومن ثم فهو أقرب إلى أن يكون حق رهن قانونى . وليس هو بحق امتياز لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق الممتاز ، ولم تتغير طبيعة حق الدائن بموت مدينه .

ثانيا — ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها إذا شهروا حقوق إرثهم على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن تصرفهم يكون خاضعا لحقوق الدائنين [1] ، على النحو الذى أسلفناه .

= وانظر آنفاً نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٦١ ص ٣٨٤ — استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٦م ٣٨ ص ٢٩٨ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٢٣ — ٢٧ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٩ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦١ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٠ — ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ — ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ — ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

وعينية حق دائنى التركة لا ترجع إلى طبيعة هذا الحق ، فهو لم يكن عينياً قبل موت المورث . وإنمـا أصبح عينياً بعد موته لسببين واقعيين ، اجتمعا فنتج عن اجتماعهما هـذه العينية الواقعية . السبب الأول أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يستدين ، فانحصرت ديونه بموته ، ولم تعد تقبل الزيادة . والسبب الثانى أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يتصرف فى أمواله ، فأصبحت هذه الأموال لا تقبل النقصان . وأصبحت كلها ضامنة لديونه المنحصرة على النحو المتقدم ، وضامنة لهذه الديون وحدها ، إذ أنها بحكم القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين لا تخلص للوارث إلا بعد سداد ديون المورث . وباجتماع هذين السببين الواقعيين — ديون منحصرة لا تقبل الزيادة وأموال معينة لا تقبل النقصان — نتج أن هذه الديون المعينة بالذات قد تركزت فى هذا الضمان المعين بالذات . وهذه هى معانى الحق العينى تجمعت بحكم الواقع ، فأصبح حق دائنى التركة حقاً عينياً بحكم الواقع قبل أن يكونه بحكم القانون .

[1] وقد قضت محكة النقض ، منذ عهد التقنين المدنى السابق ، بأن تصرف الورثة فى التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره صادراً من غير مالك وبالتالى سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى ، ومن حيث عدم اعتباره محلا لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائنى التركة . لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشترى للعين المبيعة له لا يكسب هذه الملكية إلا محملة بحق الدائن العينى ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادماً يسقط الحق العينى الذى يثقلها ، إذ هذا الحق إنما هو حق تبعى لا يسقط بالتقادم مستقلا عن الدين الذى هو تابع له . وبقاء=

ثالثا – وقد استعان التقنين المدنى بنظام الشهر المعروف فى القوانين الحديثة ، والذى لم يكن معروفا فى الفقه الإسلامى كما قدمنا . وبدلا من أن يلجأ ، كما لجأ الفقه الإسلامى ، إلى إبطال تصرف الوارث الصادر قبل سداد الدين ، أو حتى إلى جعله غير نافذ فى حق دائنى التركة . فانه قد لجأ إلى نظام الشهر هذا . فأوجب شهر حق الدائن وهو حق عينى كما أسلفنا ، فاذا ما شهر هذا الحق صار نافذا فى حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث . وبذلك تم حماية دائنى التركة على أسلوب يتفق مع النظم الحديثة فى الشهر وهى النظم التى تتلاءم مع مبادئ القانون المصرى [1] ، ويكون لهؤلاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة فى يد من تصرف له الوارث وحق التقدم على دائنى الوارث ، فتتوافر لهم الحماية كاملة [2] .

=هذا الحق العينى على الأرض المبيعة هو سند الدائن فى تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فن الخطأ أن يقضى بالغاء إجراءات نزع الملكية التى يتخذها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن فى تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

(١) وقبل قانون الشهر العقارى الذى أخضع حق الوارث للشهر ونظم طريقة لشهر ديون التركة ، لم يكن الشهر لازماً لتتبع دائن التركة فى يد المشترى عيناً من أعيانها باعها الوارث . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن حق دائن التركة فى تتبع العين المبيعة منها لا يشترط له ، لكى ينفذ فى حق المشترى ، أن يكون الدين مسجلا أو مشهراً (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١١) .

(٢) وقد قضى بأن التركة ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عينى لدائنى المتوفى ، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم ممن تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العينى يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائنى المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سيء النية ، وإنه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (دمنهور الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

وانظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩١ ص ٣٤٤ – ص ٣٤٥ وفقرة ١٩٢ .

وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، أنظر فى تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه المواد ٩٣٤ – ٩٣٨ مرافعات .

ونفصل فيما يلى ما أجملناه من هذه المبادىء ، فى حماية حقوق دائنى التركة فى القانون المصرى .

المبحث الثانى

تنظيم حماية حقوق دائنى التركة فى القانون المصرى

٣٣ – الطريقان اللذان نظمهما القانون – طريق الإجراءات الفردية وطريق التصفية الجماعية : وقد نظم القانون طريقين لحماية حقوق دائنى التركة :

(الطريق الأول) طريق الإجراءات الفردية ، وهو الطريق المعتاد المألوف . وفيه يبدأ الدائنون بشهر حقوقهم بالتأشير بها على هامش شهر حق الإرث ، على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ثم يستوفى الدائنون حقوقهم من أموال التركة بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما عن طريق الحجز على أموال التركة وهى فى يد الورثة [١] ، أو عن طريق تتبعها والحجز عليها

---

(٧) وهناك قاعدة شرعية تقضى بأن الوارث ينتصب خصما عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها (م ٢٤١ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن هذه القاعدة الشرعية تكون صحيحة لو أن الوارث الواحد كان قد خاصم أو خوصم فى الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها . أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة ذمته من نصيبه فى الدين ذلك النصيب المحدد المطلوب منه فى الدعوى ، فان الواضح أنه يعمل لنفسه فقط فى حدود هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط فى تلك الحدود ، لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٩) . وقضت أيضاً بأن معنى المادة ٢٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هو أن الوارث الذى لم يظهر فى الخصومة يعتبر ممثلا فيها عن طريق نيابة الوارث الآخر له ، أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذى يتلقى الحق عنه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر محكوماً عليه مباشرة ، بل يكون من الغير الذى له حق الطعن بالتعدى ، فلا يجوز الحكم قبله حجية ما (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥عاماً –

فى يد الغير بعد أن يتم شهر حق الدائن . ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين ، فيما بينهم ، بعد موت المدين ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات

= جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٥٠) . وقضت كذلك بأنه لا يفيد من الحكم الصادر بإبطال الوقف فيما زاد على ثلث التركة لصدوره فى مرض موت الواقف سوى الوارث المحكوم له ، لأنه إنما كان يعمل لمصلحته ولم يكن ممثلا لبقية ورثة الواقف . وإن مجرد ثبوت أن الوقف صدر فى مرض موت الواقف فى الدعوى التى رفعها هذا الوارث لا يقتضى بطلان الوقف فيما زاد على ثلث التركة بالنسبة إلى جميع ورثته (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ رقم ٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل من الورثة يطالب بنصيبه الخاص فى التعويض الذى يستحقه عن مورثه ، وحكم برفض دعواهم ، فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالباً إلغاءه والحكم له بمقدار نصيبه وحده فى التعويض ، فإن عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية ، لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها . ولا يعتبر الحكم الصادر فى الاستئناف باستحقاقه لحصته الميراثية فى التعويض قضاء باستحقاق باقى الورثة لأنصبتهم فى هذا التعويض (نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٥ ص ١٩٩) . وقضى بأنه إذا كانت بعض المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض قد أجازت فى بعض الأحوال أن ينتصب بعض الورثة ممثلين للبعض الآخر فى الخصومات التى تتعلق بالتركة ، فان هذه الإجازة معناها تمثيل أفراد معينين للمنازعات الخاصة بحقوق أفراد آخرين وجواز توجيه الخصومة إليهم ، كما يمثل الدائن مدينه فى بعض الدعاوى — وليس معناها عدم الالتفات إلى جنسية هؤلاء الورثة أو محل إقامتهم الشخصى لتحديد مسائل الإختصاص (الاسكندرية الكلية مستعجل ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٣ ص ٤٨٤) .

وانظر أيضاً فى الحالات التى يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤١ — ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٣ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٥ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٦ — استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٧ — ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٥ — ١١ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٩ — ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧١ — ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ — ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٨ — ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠ — ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٢ — ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٤ — ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ — وفى الحالات التى لا يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٨ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٧ — ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٤ — ٥ مايو سنة ١٩٥٥ نفس نفس المجموعة ٢ ص ١٠٩٢ رقم ٨٢ — ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٤٩٦ .

الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م ٢/١٠٨٥ مدنى) . ولكن دائنى التركة ، فى هذا الطريق الأول ، يتقدمون على دائنى الورثة الشخصيين ، ويتتبعون أعيان التركة فى يد من تصرف له الوارث فيها . فميزة هذا الطريق لا تظهر فى علاقة دائنى التركة فيما بينهم ، وإنما تظهر فى علاقتهم بدائنى الورثة الشخصيين وبالغير الذى يتصرف له الوارث .

(الطريق الثانى) طريق الإجراءات الجماعية : وهو طريق التصفية الجماعية للتركة . وسنرى فيما يلى أن هذا الطريق طويل معقد ، وهو لا يصلح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن – الدائن أو الموصى له أو الوارث – على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى . فان لم ير موجبا لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام . ويبدأ الطريق بتعيين مصف للتركة . ويشهر الأمر الصادر بتعيين المصفى عن طريق القيد ، ويقوم هذا القيد مقام تأشير الدائن بدينه فى الطريق الأول . وتغل أيدى الورثة عن التصرف فى أموال التركة ، وتصبح حقوق الدائنين نافذة فى حق الغير . ويكون سداد الديون باجراءات جماعية يتولاها المصفى ، ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه . بل يقوم المصفى فى التركة ، كما يقوم السنديك فى التفليسة ، بجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها ، ثم يوزع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، تحاص الدائنون وأخذ كل منهم حصة بنسبة حقه ، إلا من كان من الدائنين له حق التقدم قانونا على غيره كدائن مرتهن ، ولا يأخذ الموصى لهم والورثة شيئا فى هذه الحالة [١] . ونرى من ذلك أن ميزة هذا الطريق الثانى ، طريق الإجراءات الجماعية ، لا تظهر فحسب فى علاقة دائنى التركة بدائنى الورثة الشخصيين

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٢ ص ٣٤٦ .

وبالغير الذى تصرف له الوارث ، بل أيضا – وهذا ما يتميز به عن الطريق الأول طريق الإجراءات الفردية – فى علاقة دائنى التركة فيما بينهم ، فلا يسبق أحدهم الآخرين ويتساوون جميعا كما يتساوى دائنو التفليسة .

ونستعرض الآن تفصيلا كلا من الطريقين سالفى الذكر .

المطلب الأول

طريق الإجراءات الفردية

٣٤ – نص قانونى : تنص المادة ٩١٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون [1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولم يكن فى هذا التقنين نظام لشهر حقوق دائنى التركة .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم ، أو بما أوصى به إليهم ، على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير . ٢ – ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء سنة على فتح التركة ، مالم يؤشروا ، بمقتضى أمر على عريضة ، بما لهم من ديون فى سجلات المحكمة المنصوص عليها فى المادة . . . ، وعلى أن يتم هذا التأشير قبل أن يتقيد الغير حقه على العقار . ٣ – ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر ، فى حق الغير الذى تعامل مع الورثة بشأن عقارات التركة ، ما للتأشير المنصوص عليه فى الفقرة السابقة » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة بعد أن أضيفت إلى مادة سابقة ، وأدمجت الفقرتان الأولى والثانية فى فقرة واحدة ، وأدخل عليها من التعديل ما جعلها مطابقة تقريباً لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٩٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٣ بعد تعديل العبارة الأخيرة منه فصارت «وفقاً لأحكام القانون» ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٩ – ص ٢٩١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٧٥ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩١٨ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٠٧ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٣١ [(١)] .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه إذا لم تتقرر تصفية التركة تصفية جماعية على النحو الذى سنبينه ، لم يكن أمام دائنى التركة إلا اتخاذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقوقهم على أموال التركة ، كما كانوا يفعلون لو أن المورث مدينهم كان حيا . وقد يقع أن يتصرف الورثة فى عقارات التركة بعد شهر حقوقهم فى الإرث ، أو يرتبوا على هذه العقارات لصالح الغير حقا عينيا كرهن رسمى أو رهن حيازة ، إذا أن ملكية هذه العقارات قد انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث كما سبق القول . فعلى دائنى التركة (وكذلك الموصى لهم إذا أصبحوا دائنين للتركة بموجب الوصية ويأتون فى الترتيب بعد الدائنين) ، إذا أرادوا أن يحتفظوا لأنفسهم بحق تتبع العقارات فى أيدى الذين تصرف لهم الورثة ، وبحق التقدم على

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٧ : ١ – لدائنى التركة العاديين وللموصى لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم فى التركة العقارات التى نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبت عليها حقوقاً عينية . ٢ – ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين ، فإذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة فى التركة قبلهم ، إلا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤا مع الغير للإضرار بهم . (ويستغنى التقنين العراقى عن شهر حق الدائن بتحديد مدة ثلاث سنوات إذا انقضت كان تصرف الوارث فى عقار التركة نافذاً فى حقه . ومؤدى ذلك أن من تعامل مع الوارث فى عقار للتركة لا يطمئن على تعامله إلا إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على موت المورث ، ويمكن اعتبار هذه المدة مدة إسقاط délai de decheance يسقط بانقضائها حق رجوع دائنى التركة فى الرجوع على عقاراتها) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٣١ : التأمين الإجبارى هو التأمين الذى يسجل حكماً ، سواء أكان برضا أم بغير رضا صاحب العقار ، وفى الأحوال المعينة فيما يلى . ولا يكون هذا التأمين إلا باسم معين . أما الحقوق والديون التى يعقد التأمين الإجبارى لضمانها فهى ... (٥) حقوق وديون الدائنين أو المدعى لهم بتركة . فالتأمين الإجبارى يعقد على عقارات التركة ، ضماناً لفرز التركة عن أموال الوارث . (فى القانون اللبنانى يضمن حقوق دائنى التركة والموصى لهم رهن قانونى يقيد على عقارات التركة) .

الدائنين الذين رتبت لهم الورثة على العقارات حقوقا عينية ، أن يقوموا بشهر حقوقهم وفقا لأحكام القانون . والقانون هنا هو قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نص فى المادة ١٤ منه على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات (المثبتة لحق الإرث) وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » [١] . وقد تلى قانون تنظيم الشهر العقارى قانون نظام السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، وهو قانون يعمل به فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل على الوجه الذى سنبينه عند استعراض هذا القانون فى أثناء الكلام فى العقد باعتباره سببا لكسب الملكية . وقد نصت المادة ٣١ من قانون نظام السجل العينى هى أيضا على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها . ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة (قيد حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بقيده قبل هذا التأشير » .

---

(١) وفى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ، نصت المادة ١٢ من هذا المشروع على نفس ما تنص عليه المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى الحالى ، ولكن المشروع الجديد أضاف فقرة متوسطة بين فقرتى المادة تجرى على الوجه الآتى : «ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به » . وبهذا يتمشى المشروع مع المادة ٣١ من قانون السجل العينى ، المقابلة للمادة ١٤ من قانون الشهر العقارى الحالى .

والغرض من إعلان ذوى الشأن بقيام الدين قبل التأشير به هو تمكينهم فى وقت مناسب من العلم بالدين ، فإذا كان لديهم على هذا الدين طعن جدى كان لهم أن يطلبوا إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير (م ١/١٨ من قانون الشهر العقارى) .

فدين التركة بجب إذن شهره ، ويكون ذلك عادة فى خلال سنة من شهر حق الإرث . ونبحث فى هذا الصدد المسائل الآتية : (١) من يقوم بشهر الدين . (٢) كيف يكون شهر الدين . (٣) حالة شهر الدين فى خلال سنة من شهر حق الإرث . (٤) حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث . (٥) حالة عدم شهر الدين أصلا . (٦) حالة تصرف الوارث فى منقول للتركة قبل سداد ديونها .

٣٥ – *من يقوم بشهر الدين* : الذى يقوم بشهر الدين هو دائن التركة نفسه ، فهو صاحب الشأن فى ذلك . وكل دائن من الدائنين العاديين للتركة يستطيع أن يقوم بشهر دينه . والدائنون العاديون للتركة هم دائنو المورث ، وهم الذين كانت الذمة المالية لمدينهم المورث ضمانا عاما لحقوقهم ، فاذا مات المدين أصبحت تركته هى الضمان العام لهذه الحقوق . ويدخل أيضا ضمن الدائنين للتركة الموصى لهم الذين يصبحون بموجب الوصية دائنين للتركة ، وهم غير دائنى المورث الأصليين لأنهم لم يصبحوا دائنين الا بموت المورث ، وقد أصبحوا دائنين مباشرة للتركة دون أن يكونوا دائنين للمورث نفسه . والموصى له الذى يصبح دائنا للتركة بموجب الوصية إما أن يكون قد أوصى له بمبلغ من النقود يأخذه من التركة فيصبح دائنا بهذا المبلغ ، أو أن يكون قد أوصى له بعين معينة بالذات فى التركة ، عقارا كانت أو منقولا ، فيكون له حق المطالبة بها . وفى الحالتين يجب عليه أن يؤشر بما أوصى له به على هامش شهر حق الإرث ، حتى إذا ما تصرف الوارث فى أعيان التركة أو فى العقار الموصى به أو رتب عليها حقا عينيا كان للموصى له حق التتبع وحق التقدم كسائر دائنى التركة . غير أن الموصى له يتأخر عن دائنى التركة الأصليين ، ولهؤلاء أن يتقاضوا حقوقهم أولا من أعيان التركة بما فى ذلك العين الموصى بها عقارا كانت أو منقولا ، فان بقى شىء أخذ الموصى

له منه ما أوصى له به ، وما يبقى بعد ذلك فهو للورثة [1] .

والدائن الذى يقوم بشهر الدين هو الدائن العادى للمورث . أما الدائن الذى يكفل حقه رهن أو اختصاص أو امتياز على عقار من عقارات المورث وقد قام بقيد هذا التأمين ، وبتجديد القيد فى المواعيد المحددة قانونا ، فانه ليس فى حاجة إلى التأشير بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث . وذلك أن حقه مكفول بالتأمين العينى الذى حصل عليه فى حياة المورث ، ويستطيع أن يتتبع العقار الضامن لحقه وأن يتقدم فيه على سائر الدائنين من غير أن يؤشر بحقه بعد موت المدين . ولكنه مع ذلك قد يرى نفسه فى حاجة إلى هذا التأشير ، إذا هو رأى أن التأمين العينى الذى حصل عليه لم يعد كافيا للوفاء بحقه ، فيكون التأشير مفيدا له حتى يستعمل حق التتبع وحق التقدم على عقارات التركة لاستيفاء ما يبقى غير مضمون من حقه .

٣٦ ـ *كيف يكون شهر الدين* : يكون شهر الدين بطريق التأشير الهامشى ، ويحصل هذا التأشير « فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات » المثبته لحق الإرث . وسنرى فيما يلى أن حق الإرث يجب شهره ، ويقوم الوارث أو أى ذى شأن آخر بهذا الشهر ، ويقدم للشهر السند المثبت لحق الإرث من إعلام وراثة أو حكم أو أى سند آخر . فيجب إذن ، حتى يتم شهر الدين ، أن يكون حق الإرث قد سبق شهره ، وذلك حتى يتمكن الدائن من شهر الدين بالتأشير على هامش تسجيل حق الإرث . فاذا لم يكن حق الإرث قد شهر ، فان شهر الدين يكون غير مستطاع ، ولكن الوارث فى هذه الحالة لا يستطيع التصرف فى أعيان التركة إذ هو لا يستطيع ذلك إلا بعد شهر حق الإرث كما سيجىء :

---

(١) وإذا كان الموصى به عيناً معينة بالذات ، وكانت فى حدود ثلث التركة ، وبقى فى التركة ما يكفى لوفاء ديونها ، فإن الموصى له يصبح مالكاً للعين الموصى بها بموجب الوصية ، وعلى ذلك يكون له أن يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكاً للعين . فإذا كانت العين عقاراً ، وجب عليه أن يسجل الوصية حتى تنتقل إليه ملكية العقار الموصى به ، كما تقضى قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (أنظر مايلى فقرة ٨٦) .

ولما كان للدائن مصلحة فى شهر حقه ، فقد أجيز له ، كواحد من أصحاب الشأن ، أن يقوم هو نفسه بشهر حق الإرث بطريق التسجيل حتى يتمكن من التأشير على هامش التسجيل بسند حقه . فيأمن على هذا السند من العبث والضياع ، ولا يبقى فى حالة تربص دائم يوالى البحث المستمر فى مختلف مكاتب الشهر التى تقع عقارات التركة فى دائرة اختصاصها حتى يعثر على تسجيل لحق الإرث فيؤشر على هامشه بسند حقه . فتجنبا لهذا الإرهاق يقوم هو بشهر حق الإرث ، ويقوم فى الوقت ذاته بالتأشير على هامش تسجيل هذاالحق بسند الدين الذى له ، فيطمئن بذلك إلى المحافظة على حقه . وكل ذلك إذا تراخى الوارث فى شهر حق الإرث ، بالرغم من أن له مصلحة فى المبادرة إلى شهره حتى يستطيع التصرف فى عقارات التركة من جهة ، وحتى تظهر من جهة أخرى الديون العادية التى على المورث عن طريق التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث فيتمكن الوارث من فحصها ومناقشتها ومن الوفاء بها إذا اقتنع بصحتها حتى تتخلص التركة من الديون .

ويجرى شهر الدين بأن يقدم الدائن لمكتب الشهر العقارى الذى تم فيه شهر حق الإرث ، أو لمكاتب الشهر العقارى فى حالة تعدد عقارات التركة ، طلبا بالتأشير الهامشى مصحوبا بسند الدين الذى يريد التأشير به وسائر الأوراق المؤيدة لهذا الدين[١] . فيتم التأشير بناء على هذا الطلب ، وفقا لإجراءات نصت عليها المواد ٣٧–٤٠ من قانون الشهر العقارى وهى النصوص الخاصة بالتأشيرات الهامشية . ولما كانت المستندات المقدمة تأييدا لطلب التأشير الهامشى تحفظ فى مكاتب الشهر ، فقد كان الأصل أن يقدم الدائن السند المثبت لحقه لحفظه بمكتب الشهر العقارى ضمن المستندات بعد إجراء التأشير المطلوب ، ويعطى الدائن صورة فوتوغرافية من هذا السند . ولكن الدائن قد يكون فى حاجة إلى استرداد

---

(١) فإذا لم يكن لدى الدائن سند بالدين ، لم يبق أمامه إلا أن يرفع دعوى على الورثة يطالب فيها التركة بالدين . فإذا تمكن من إثبات الدين فى مواجهة الورثة ، وحصل على حكم به ، كان هذا الحكم هو سند الدين وله أن يؤشر به على هامش تسجيل حق الإرث .

أصل السند للمطالبة به وديا أو قضائيا ، ومن ثم نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للدائن ، بالنسبة إلى التأشيرات المنصوص عليها فى المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، أن يسترد سند الدين بعد استخراج صورة فوتوغرافية منه وإقراره عليها بما يفيد صحتها » . فعلى الدائن الذى يريد استرداد أصل سند الدين أن يتقدم بطلب بذلك إلى أمين مكتب الشهر ، فيرد له أصل السند . ولكن لما كان هذا الأصل واجب الحفظ كمستند من مستندات التأشير الهامشى ، فقد استعيض عنه بصورة فوتوغرافية تستخرج على نفقة الدائن ، ويجب أن يوقع الدائن وأمين المكتب على هذه الصورة الفوتوغرافية بما يفيد صحتها ومطابقتها للأصل الذى تم التأشير بموجبه (١) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الشهر العقارى على أنه يجوز « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة الرابعة عشرة ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا »(٢) . فيجوز إذن أن يطلب محو التأشير الوارث ، أو دائن آخر للتركة ، أو دائن شخصى للوارث ، أو مشتر من الوارث ، أو أى شخص آخر يضره التأشير فيطلب محوه . ويطلب ذو المصلحة محو التأشير إذا كان الدين المؤشر به مطعونا فيه طعنا جديا ، إما فى وجوده أصلا أو لانقضائه بعد وجوده بأن تقدمت مثلا مخالصة بالدين . والطعن يتم بطريق التقاضى بدعوى مستعجلة يختصم فيها المدعى الدائن العادى ، ويدخل فيها خصما مكتب الشهر ليصدر الحكم فى مواجهته . فاذا تبين لقاضى الأمور المستعجلة أن الطعن الموجه

---

(١) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤٣٠

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من قانون السجل العينى على أن « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة ٣١ (التأشير بدين على التركة فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها) ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعوناً فيه جدياً » .

لسند الدين هو طعن جدى ، كأن كانت هناك مخالصة عنه يقدمها الوارث أو حكم صدر ببطلان الدين ، أمر بمحو التأشير . ويشهر حكم المحو بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل حق الإرث ، إعلاما للغير بالغاء التأشير بسند الدين . وعلى هذا النحو لا يصبح الوارث أو ذو المصلحة تحت رحمة أى تأشير يتقدم به دائن مزعوم ، لا سيما أن التأشير يتم أصلا فى غيبة الورثة ، وليس لدى مكاتب الشهر المعلومات التى تخولها حق رفض هذا التأشير منذ البداية [1] .

٣٧ - حالة شهر الدين فى خلال سنة من شهر حق الارث :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى تنص على ما يأتى : « ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه (تسجيل حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » [2] . ويخلص من هذا النص أنه إذا قام الدائن بالتأشير بحقه وفقا للإجراءات التى تقدم ذكرها ، فى خلال سنة من شهر حق الإرث ، كان له على عقارات التركة حق التتبع وحق التقدم .

أما حق التتبع فيتحقق إذا باع الوارث مثلا عقارا من عقارات التركة ، وسجل المشترى البيع . فاذا لم يستوف الدائن حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتتبع العقار المبيع تحت يد المشترى كما كان يتتبعه لو أنه كان دائنا مرتهنا ، فيستوفى حقه منه . وذلك حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة

---

(١) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤٣١ - هذا وحكم قاضى الأمور المستعجلة بمحو التأشير لا يمنع الدائن من أن يرفع على الورثة دعوى موضوعية بالدين ، فإذا صدر حكم لصالحه جاز له أن يطلب التأشير به على هامش تسجيل حق الإرث .

(٢) أنظر أيضاً الفقرة الثالثة من المادة ٣١ من قانون السجل العينى ؛ وهى تقرر نفس الحكم .

من تاريخ شهر حق الإرث[١] . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشترى منه عقارات للتركة يجب عليه أن يحتاط ، فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث[٢] ، وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشر بدينه حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، أو أن يجعل الوارث يفى بالدين . فاذا لم يفعل لا هذا ولا ذاك ، عرض نفسه لإجراءات التتبع التى يقوم بها دائن التركة[٣] . ويبدو أن المشترى من الوارث لا يستطيع تطهير العقار كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهونا رهنا رسميا ، فان التطهير إجراء استثنائى لا يمتد من الرهن الرسمى إلى غيره من الحقوق المماثلة إلا بنص فى القانون .

---

(١) إذ يجوز أن يتم شهر حق الإرث وتسجيل عقد البيع فى محرر واحد ، أو فى محررين يشهران فى نفس اليوم ، أو بمربين شهر حق الإرث وتصرف الوارث بعقد مسجل فترة قصيرة لا يتمكن الدائن العادى خلالها من البحث والتأكد من حصول تسجيل حق الإرث ليبادر إلى شهر سند حقه . من أجل ذلك أعطى دائن التركة مهلة سنة من وقت شهر حق الإرث ، إذا أشر فى خلالها بسنده احتفظ بحقه فى التتبع وحقه فى التقدم ، وذلك - كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى - «حماية للدائن من التصرفات التى قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بافتتاح التركة ومن التأشير بدينه» .

وقد قصد المشرع ، إلى جانب ذلك ، إظهار جميع الديون العادية على التركة أو المبالغ الموصى بها للغير فى ميعاد مناسب ، حدده بسنة واحدة من تاريخ قيام الوارث بشهر حقه فى الإرث (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥) .

(٢) أما قبل شهر حق الإرث ، فقد قدمنا أن الوارث لا يستطيع التصرف فى عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق إرثه .

(٣) وينبنى على حق التتبع الثابت لدائن التركة إذا أشر بحقه فى خلال السنة أمران : (أولا) إذا أشر المشترى من المورث الذى لم يسجل عقده ، باعتباره دائناً للتركة ، حقه فى خلال السنة ، فإن له يتتبع العقار فى يد المشترى من الوارث ، حتى لو أن هذا المشترى الأخير قد سجل عقده قبل أن يسجل عقده المشترى من المورث ، بل وقبل تأشير المشترى من المورث بحقه (الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ ص ٤٨٣ - ٤٨٨) . (ثانياً) إذا أشر الموصى له بعقار ، قبل تسجيل الوصية ، بحقه فى خلال السنة ، فإن له أن يتتبع العقار فى يد المشترى من الوارث ، حتى لو أن هذا قد سجل عقده قبل تسجيل الوصية ، بل وقبل تأشير الموصى له بحقه (إسماعيل غانم ص ١٥١ - حسن كيرة ص ٤٣ - ص ٤٤) .

ولذلك جاز التطهير فى حق الاختصاص (م ١٠٩٥ مدنى) وفى حقوق الامتياز الواقعة على عقار (م ١١٣٤/١ مدنى) لوجود هذا النص ، ولم يجز فى الرهن الحيازى لانعدامه[١] .

وأما حق التقدم فيتحقق إذا رتب الوارث رهنا مثلا على عقار من عقارات التركة ، وقيد الدائن المرتهن الرهن . فاذا لم يستوف الدائن حقه من أعيان التركة الأخرى ، فان له أن يستوفيه من العقار المرهون ، متقدما فى استيفائه لحقه على الدائن المرتهن . وذلك حتى لو كان الرهن قد قيد قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث . وعلى ذلك يجب على من يرتهن من الوارث عقارا من عقارات التركة أن يتربص سنة من وقت شهر حق الإرث قبل أن يقدم على ارتهان العقار ، فاذا رأى أن دائنا للتركة قد أشر بحقه فى خلال هذه السنة ، علم أن هذا الدائن يتقدم عليه فى العقار المرهون بالرغم من أنه قد قيد الرهن قبل أن يؤشر دائن التركة بحقه .

وإذا كان هناك دائنان للتركة أشر كل منهما بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث ، وسبق أحدهما الآخر فى هذا التأشير ، فانه لا يتقدم عليه فى استيفاء حقه من عقارات التركة . ذلك أن الأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائنى التركة ، فلا يتقدم أحدهم على الآخر لمجرد أنه أشر بحقه قبله . ولكن الدائن الذى أشر بحقه فى خلال السنة له أن يتتبع العقار فى يد الغير وأن يتقدم فيه على دائن مرتهن من الوارث قيد رهنه قبل التأشير ، ولا يستطيع هذا التتبع ولا هذا التقدم الدائن الذى لم يؤشر بحقه فى خلال السنة[٢] .

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٨ – ص ٣٤٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٧ هامش ٢ – محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨٣ ص ٦١٥ وفى مقال له فى الاتجاهات الحديثة فى الميراث وتصفية التركة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ .

٣٨ – حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الارث :

أما إذا تراخى الدائن فى التأشير بحقه، ولم يجر هذا التأشير إلا بعد انقضاء سنة من وقت تسجيل حق الإرث ، فان هذا التأشير المتأخر لا يكون مع ذلك عديم القيمة ، فقد نصت المادة ٢/١٤ من قانون الشهر العقارى كما رأينا على أن « يحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله »[١] .

وعلى ذلك إذا باع الوارث عقارا فى التركة وسجل المشترى عقد البيع ، وبعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أشر دائن التركة بحقه ، فان هذا الدائن لا يكون له حق تتبع العقار المبيع إذا كان المشترى قد سجل عقد البيع قبل أن يؤشر الدائن بحقه ، سواء حصل البيع قبل انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أو بعد انقضائها . ذلك لأن التأشير الذى أجراه دائن التركة بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث لا يحتج به إلا من تاريخ حصوله ، وقد حصل بعد أن سجل المشترى من الوارث عقد البيع ، فلا يحتج بالتأشير إذن على المشترى ، ولا يكون لدائن التركة حق تتبع العقار المبيع[٢] . أما إذا كان المشترى من الوارث قد سجل البيع بعد أن أشر الدائن بحقه ، سواء حصل البيع بعد التأشير أو قبله ، فان التأشير بالدين يكون سابقا على تسجيل البيع ، ويكون لدائن التركة حق تتبع العقار بالرغم من أنه لم يؤشر بحقه إلا بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ، ما دام تأشيره بحقه قد سبق تسجيل البيع .

كذلك إذا أشر الدائن بحقه بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ، ورهن الوارث عقارا فى التركة وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل تأشير

(١) أنظر أيضاً المادة ٣/٣١ من قانون السجل العينى .

(٢) وذلك مالم يكن المشترى سيء النية متواطئاً مع الوارث ، بحيث يجوز للدائن أن يطعن فى البيع بالدعوى البولصية (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩) . وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشترى البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث إذا سجل عقده فى خلال السنة التى تلى تسجيل حق الإرث أو أشر بحقه باعتباره دائناً للتركة فى خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشترى من الوارث عقده قبل ذلك . أما إذا سجل المشترى من المورث البيع أو أشر بحقه بعد انقضاء السنة ، فالعبرة فى المفاضلة بينه وبين المشترى من الوارث بالأسبقية فى التسجيل أو التأشير (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ هامش ٢ – وانظر آنفاً ص ٢٢ هامش ٣) .

الدائن بحقه ، فان الدائن المرتهن يتقدم على دائن التركة لأن قيد الرهن سبق التأشير بحق الدائن . أما إذا سبق التأشير قيد الرهن ، فان دائن التركة يتقدم على الدائن المرتهن .

وفى جميع الأحوال يجوز لدائن التركة ، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار أو التقدم فيه ، أن يستوفى حقه من أموال التركة الأخرى التى لا تزال باقية فى يد الوارث . كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث فى ماله الشخصى إذا كان هذا قد باع العقار أو رهنه غشا وإضرارا بحقوق دائن التركة ، ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية[1] .

٣٩ - *حالة عدم شهر الإرث أصلا* : هنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه : وفى هذا الفرض لا يستطيع الوارث أن يتصرف فى عقارات التركة ، إذ يجب عليه تسجيل حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، « وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف من الوارث فى حق من هذه الحقوق » (م ١/١٣ من قانون الشهر العقارى و م ١/٣٠ من قانون السجل العينى) . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يبيع عقارا من عقارات التركة ، أو يرتب عليه رهنا . ومن ثم تبقى عقارات التركة فى ملك الوارث خالصة من أى حق عينى يرتبه عليها ، ومحملة بديون التركة كما لو كانت مرهونة فى هذه الديون : فيستطيع دائن التركة إذن ، بالرغم من عدم شهره لحقه ، أن ينفذ على هذه العقارات دون أن يعترضه فى ذلك حق للغير . وليس لدائنى الوارث أن ينفذوا على عقارات التركة ، قبل أن يستوفى دائنو التركة حقوقهم منها .

وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى تأييدا لما قدمناه : « أما إذا لم يشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه . والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث ، إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته . . . . فاذا أهمل الوارث

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ .

شهر حقه ، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه ، مع بقائه محميا بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاء الديون فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها ، كما لو كانت مرهونة بها » .

(الفرض الثانى) أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه : ونحن نفرض أن الدائن لم يشهر حقه ، وذلك بالرغم من شهر الوارث لحق الإرث . ومن ثم يستطيع الوارث أن يتصرف فى عقارات التركة ، كأن يبيعها وأن يرهنها ، وتكون هذه التصرفات جميعها نافذة فى حق دائن التركة لأنه لم يشهر حقه . فلا يستطيع الدائن أن يتتبع العقار المبيع فى يد المشترى ، ولا أن يتقدم على الدائن الذى ارتهن عقارا من الوارث فى هذا العقار بل يتقدم هذا الدائن عليه . ولكن ما يبقى فى يد الوارث من عقارات التركة دون تصرف يكون محملا بحقوق دائنى التركة ، فيستطيع الدائن أن ينفذ على هذه العقارات بحقه دون أن يعترضه فى ذلك حق للغير . وليس للدائنين العاديين للورثة أن ينفذوا على هذه العقارات قبل أن يستوفى دائنو التركة حقوقهم منها .

وتأييدا لما قدمناه تقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « وللدائن فى جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك – أى بعد شهر حق الإرث – أن ينفذ على أعيان التركة التى تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ولم يؤشر الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التى لم يتعلق بها حق للغير . وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن ، فللدائن الذى لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن » .

٤٠ – حالة تصرف الوارث فى منقول التركة قبل سداد ديونها :

وماقدمناه من تأشير دائنى التركة بحقوقهم تأشيرا هامشيا إنما يتعلق بعقارات التركة ، ولا شأن له بمنقولاتها . فالمنقول فى التركة لا يحكمه نظام تسجيل

حق الإرث ولا تأشير دائن التركة بحقه ، وإنما تحكمه القاعدة المعروفة التي تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

فسواء سجل الوارث حق الإرث أو لم يسجل ، وسواء أشر دائنو التركة بحقوقهم أو لم يؤشروا ، وبالرغم من تعلق ديون التركة بمنقولاتها كتعلقها بعقاراتها ، فانه إذا باع الوارث منقولا فى التركة قبل سداد ديونها ، وتسلم المشترى المنقول وهو حسن النية أى لا يعلم أن المنقول الذى يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، فقد ملك المنقول خاليا من حقوق دائنى التركة . ولا يستطيع دائن التركة أن يتتبعه فى يده ، وليس للدائن إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التى لا تزال فى يد الوارث . فان لم يجد شيئا يستوفى منه حقه ، رجع بثمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سيء النية أى كان يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة دينا لم يسدد .

أما إذا كان المشترى للمنقول سيء النية ، أى كان يعلم أن المنقول الذى يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، فانه يجوز لدائن التركة أن يتتبع هذا المنقول فى يد المشترى وأن يستوفى حقه منه . وهذا لا يخل بحقه فى الرجوع على بقية أموال التركة التى لا تزال فى يد الوارث ، على النحو الذى قدمناه [1] .

المطلب الثانى

طريق الإجراءات الجماعية

٤١ – التصفية الجماعية للتركة أمر اختيارى وهو على كل حال أمر استثنائى : الأصل فى تسوية ديون التركة أن تكون باجراءات فردية ، على النحو الذى فصلناه فيما تقدم . أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ – ص ٣٥٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ – وانظر فى تطبيق أحكام القانون المدنى دون أحكام الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ ص ٧٤٤ هامش ٢ – حسن كيرة ص ٤١ . وانظر عكس ذلك على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٢١٧ .

جماعية ، أى التصفية الجماعية للتركة ، فهذا أمر اختيارى ، بل هو أمر استثنائى لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة . ذلك أن نظام التصفية الجماعية ينطوى على إجراءات طويلة ، ويقتضى تكاليف كبيرة ، فلا يصح أن يكون نظاما إجباريا تخضع له كل التركات . بل هو ليس بنظام اختيارى ، بمعنى أنه يجوز لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شؤونها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك[١] .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وتصفية التركة من طريق تعيين مصف لها أمر اختيارى لذوى الشأن وللقاضى . فلكل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد . وللقاضى أن يجيب الطلب ، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة ، إما لانعدام الديون ، أو لتفاهتها ، أو لتفاهة التركة نفسها » ؟[٢] .

٤٢ ــ *معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية* : وتبين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية ، فتقول : « ومعنى ذلك أن المصفى وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائن اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته ، ولا يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها . فترتفع بذلك يد الدائن والورثة عن التركة ، وتمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية حتى تتم التصفية . وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ،

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٥٠ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ .

وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى ، ويستطيع الورثة أن يتصرفوا فى هذه الأموال للغير دون أن يخشى الغير ظهور دائن للتركة ينازعه ، فيستقر بذلك التعامل فى الأموال الموروثة . . . ويستخلص مما تقدم أن الإجراءات التى نظمها المشروع تكفل حماية المصالح المختلفة . فهى تكفل حماية مصلحة الورثة ، فكثيرا ما يختلفون على تصفية التركة أو يهملون فى ذلك ، ويترتب على اختلافهم أو إهمالهم أكبر الضرر ، أما بعد وجود إجراءات منظمة للتصفية فقد امتنع الخلاف أو الإهمال . وهى تكفل حماية مصلحة من يتعامل مع الورثة ، بجعلهم يطمئنون إلى هذا التعامل ويأمنون أن يرجع عليهم الدائنون . وهى تكفل حماية مصلحة دائنى التركة بجعل التصفية جماعية ، لا يفضل فيها دائن على آخر دون مبرر قانونى . هذا إلى أن السبيل قد مهد للوارث إذا أراد إفراز حصته فى الميراث ، كما أن المورث قد أعطى حق قسمة تركته قبل موته ، وهو أمر تفرضه الظروف على رب الأسرة فى أحوال كثيرة [1]» .

٤٣ — **مراحل التصفية الجماعية للتركة** : ويمكن تقسيم إجراءات التصفية الجماعية للتركة إلى مراحل أربع : (١) تعيين مصف للتركة . (٢) جرد التركة بما لها وما عليها . (٣) تسوية ديون التركة . (٤) تسليم أموال التركة للورثة خالية من الديون وقسمة هذه الأموال بينهم عند الاقتضاء [2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ – ص ٢٠٣ – وانظر فى أوجه الخلاف بين الإفلاس التجارى وتصفية التركة تصفية جماعية محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩٠ .

(٢) وهذه الإجراءات لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فيها . ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال . وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية ، ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدنى على اتباع أحكامه فيها ، وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها ، بل تنظم الإجراءات التى يحصل فيها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون . ولا يغير —

§ ١ – المرحلة الأولى – تعيين مصف للتركة

٤٤ – **نصوص قانونية** : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدنى على ما يأتى :

« وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية » .

وتنص المادة ٨٧٦ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجبا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم تجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصفى ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

وتنص المادة ٨٧٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ – لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة ، أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وذلك طبقا لأحكام الوكالة » .

« ٢ – وللقاضى أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصفى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » .

وتنص المادة ٨٧٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا عين المورث وصيا للتركة ، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين » .

« ٢ – ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام » .

– من هذا النظر ما أوردته المواد ٩٣٩ ، ٩٤٠ ، ٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات الملغاة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان « فى تصفية التركات » ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التى تستلزمها قواعد الإرث فى بعض القوانين الأجنبية (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

وتنص المادة ٨٧٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة ، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل » .

« ٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر على حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٧٥/٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٧/٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤٦/٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٤/٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٥/٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

م ٨٧٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث » بدلا من عبارة « عينت المحكمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عينت المحكمة » بعبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث » ، وذلك « لأن قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » . واقترح أحد أعضاء اللجنة أن يتضمن النص حكماً يسمح للقاضى بالخروج على إجماع الورثة على اختيار المصفى إذا وجد أن هذا الإجماع على باطل كما إذا كان ضاراً بمصلحة الدائنين ، فلم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح ، وأقرت المادة بالتعديل المتقدم ذكره تحت رقم ٨٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٨ - ص ٢١٠) .

م ٨٧٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « أو النيابة العامة » فى الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو النيابة العامة » إلى الفقرة الثانية ، « وبهذا أصبحت النيابة من ذوى الشأن فى طلب عزل المصفى أو استبداله ، وقد روعى فى التعديل ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، إذ لم يكن هذا التقنين يعرف نظام التصفية الجماعية للتركة .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٣٦/٢–٨٤٠ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٧٩/٢–٨٨٣– وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(١) .

وتقتضى هذه النصوص بحث المسائل الآتية : (١) كيف يعين المصفى . (٢) قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفى . (٣) كيف تنتهى مهمة المصفى .

٤٥ – *كيف يعين المصفى* : يجب التمييز هنا بين فرضين . فإما أن يكون المورث قد عين وصيا للتركة حال حياته ، أو ألا يكون قد فعل ذلك .

= م ٨٧٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « وذلك فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة » فى آخر الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وذلك فيما لا يتعارض إلخ » من نهاية الفقرة الثانية ، « لأنها من قبيل التزيد ، وهى بعد قد توحى بأن للمورث أن يختار وصياً لا تتوافر فيه الأهلية اللازمة لحسن الإدارة وتحد رقابة القاضى بالنسبة إليه » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٣ – ص ٢١٤) .

م ٨٧٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٣١١ من المشروع التمهيدى ، وقد اقتصر هذا المشروع على الفقرة الأولى دون الفقرة الثانية . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بعض تعديلات لفظية وأضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٩٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٥ – ص ٢١٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٣٦/٢ – ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٩/٢ – ٨٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لامقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

أ — فإذا كان المورث قد عين وصيا للتركة ، فإن المادة ١/٨٧٨ مدنى تقضى ، كما رأينا ، بأنه يجب « أن يقر القاضي هذا التعيين »[1] . ويبدو أنه فى حالة تعيين وصى للتركة يتعين على القاضي أن يقرر تصفية التركة تصفية جماعية ، إذ أن هذه هي إرادة المورث بدت من تعيينه وصيا للتركة ، ولا يجوز لا للورثة ولا للدائنين أن يعارضوا فى ذلك[2] . ومتى تقررت تصفية التركة تصفية جماعية ، فانه يتعين على القاضى أيضا أن يثبت الوصى الذى عينه المورث ويعتبر أنه هو المصفى للتركة . ولا يجوز له أن يستبدل به ابتداء شخصا آخر ، وإن كان يجوز له أن يعزله كما سنرى . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٨ مدنى كما رأينا :

« ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام » . وعلى ذلك يكون لوصى التركة جميع سلطات المصفى ، وعليه جميع التزاماته . فللوصى ، كما للمصفى ، أن يرفض تولى المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وله أن يطالب أجرا عادلا على قيامه بمهمته . وعليه جميع واجبات المصفى من تسلم أموال التركة وإدارتها ، واتخاذ جميع الاحتياطات المستعجلة بما فى ذلك تجهيز الميت والنفقة على من كان يعوله الميت من الورثة ، وجرد التركة بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وتسوية ديون التركة ، وتسليم أموال التركة للورثة خالصة من الديون ، وهى شائعة أو بعد تقسيمها . ويجوز للقاضى عزل وصى التركة واستبدال غيره به متى وجدت أسباب تبرر ذلك ، كما يجوز له ذلك بالنسبة إلى المصفى .

والقاضى المختص بتثبيت وصى التركة وبعزله ، وكذلك بتعيين مصفى التركة وبعزله ، وبوجه عام ينظر جميع المسائل المتعلقة بتصفية التركة تصفية جماعية ، كان ، فى المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٦ مدنى ، القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث . ولكن لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عينت المحكمة » بعبارة « عين القاضى

---

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، أنظر فى تعيين مديرى التركات وتثبيت منفذى الوصايا أو تعيينهم المواد ٩٣٩ — ٩٤٦ مرافعات .

(٢) حسن كيرة ص ٥٤ — ص ٤٦ .

الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث » ، وقالت فى تبرير هذا التعديل إن « قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » ، وأقر مجلس الشيوخ هذا التعديل (١) . ولما كان تقنين المرافعات لا يشتمل على نص خاص يعين المحكمة المختصة بتصفية التركات تصفية جماعية ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة فى هذا التقنين . ويبدو أنه فيما يتعلق بالاختصاص النوعى تكون المحكمة الابتدائية هى المختصة ، إذ أن المادة ١/٥١ مرافعات تقضى بأن تختص المحكمة الابتدائية بالحكم فى جميع الدعاوى التى ليست من اختصاص القاضى الجزئى . ولم يذكر تقنين المرافعات تصفية التركات ضمن الأمور التى يختص بها القاضى الجزئى ، فتكون إذن من اختصاص المحكمة الابتدائية ، إلا إذا كانت قيمة التركة لا تجاوز مائتين وخمسين جنيها نصاب القاضى الجزئى ولكن التركات التى لا تجاوز قيمتها مائتين وخمسين جنيها لا تصفى تصفية جماعية لتفاهة قيمتها . وفيما يتعلق بالاختصاص المحلى قد نصت المادة ٥٩ مرافعات على أن « الدعاوى المتعلقة بالتركات التى يرفعها الدائن قبل قسمة التركة تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة ، وكذلك الدعاوى التى يرفعها بعض الورثة على بعض قبل القسمة » . وإذا كانت تصفية التركة لا تدخل فى نطاق حرفية هذه المادة ، إلا أنه يؤخذ من النص أن المحكمة المختصة بالنظر فى المسائل المتعلقة بالتركة قبل تسوية ديونها وقبل قسمتها هى المحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة . وعلى ذلك يمكن القول بأن المحكمة المختصة بنظر تصفية التركة تصفية جماعية هى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة ، أى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث . وقد نصت المادة ٩٤٧ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب ، فعلا على اختصاص هذه المحكمة إذ قالت : « تختص المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها آخر موطن للمورث بتعيين

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤ فى الهامش .

مصف للتركة وعزله واستبدال غيره به ، وبالفصل فى جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية » . ونصت المادة ٩٤٨ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، على أنه « فيما عدا الأحوال التى يختص بها قاضى الأمور الوقتية يرفع الطلب وينفصل فيه وفقا للأحكام والإجراءات والمواعيد المعتادة فى الدعاوى » .

ب – وإذا لم يكن المورث قد عين وصيا لتركته ، فهنا يتسع مجال التقدير للمحكمة [١] . فهى تقدر أولا ما إذا كان هناك محل لتقرير أن تكون تصفية التركة تصفية جماعية ، ولا تقرر ذلك إلا إذا طلب إليها أحد ذوى الشأن تعيين مصف للتركة . وذوو الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون . فإذا طلب أحد من هؤلاء ، فى صورة دعوى يرفعها بالأوضاع المعتادة ، تعيين مصف للتركة ، فالمحكمة غير ملزمة بإجابته إلى طلبه ، بل تقدر ما إذا كان هناك مبرر لتصفية التركة تصفية جماعية . فقد قدمنا أن هذه التصفية إنما هى نظام استثنائى وضع لتصفية التركات الكبيرة المثقلة بالديون ، وللقاضى أن يرفض إخضاع التركة لهذا النظام الطويل الإجراءات الكثير النفقات إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إليه ، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها[٢] . والمحكمة تقدر ثانيا ، إذا قررت إجابة ذوى الشأن إلى طلب التصفية الجماعية ، من يكون المصفى للتركة ، إذ هى التى تعينه . وهى غير ملزمة برأى أحد فى ذلك ، إلا إذا أجمعت الورثة على اختيار شخص معين ، سواء كان وارثا أو غير وارث . فعند ذلك تتقيد المحكمة بمن أجمعت الورثة على اختياره . ولا تستطيع العدول عنه إلى غيره ولو عارض فى اختياره الدائنون أو الموصى لهم[٣] . فإذا لم تجمع الورثة على اختيار

---

(١) وهى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث كما سبق القول (أنظر آنفاً ص ١٣٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٣) أنظر مادار من المناقشة فى هذا الشأن فى لجنة مجلس الشيوخ فى صدد المادة ٨٧٦ مدنى آنفاً ص ١٣١ هامش ١ .

أحد ، عينت المحكمة بنفسها المصفى ، ويكون من الورثة بقدر المستطاع ، وذلك بعد أخذ رأى الورثة (م ٨٧٦ مدنى سالفة الذكر) . ولا تتقيد المحكمة فى اختيار المصفى بأغلبية الورثة . فإذا اختارت الأغلبية شخصا واختارت الأقلية شخصا آخر ، كان للمحكمة أن تعين الشخص الذى اختارته الأغلبية أو الشخص الذى اختارته الأقلية ، أو تختار شخصا آخر غيرهما بحسب تقديرها ، إذ هى لا تتقيد كما قدمنا إلا بالشخص الذى أجمعت على اختياره الورثة .

والمصفى هو فى حكم الوكيل عن الورثة ، وهو نائب عنهم نيابة قانونية . وتسرى عليه أحكام الوكالة [1] ، فيجوز له أن يرفض تولى المهمة ، سواء كان مصفيا أجمعت على اختياره الورثة أو مصفيا اختارته المحكمة أو وصيا للتركة عينه المورث حال حياته . فإذا رفض تولى المهمة ، كان على المحكمة تعيين مصف للتركة بدلا منه ، بنفس الطريقة التى سبق بيانها .

٤٦ – قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين . نصوص قانونية :

وقد رأينا أن المادة ٨٧٩ مدنى تقضى بأن « على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة ، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل » . وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إذا اختارته المحكمة أو أجمعت عليه الورثة ، وبتثبيت الوصى إذا عين المورث وصيا للتركة قبل موته ، مسألة هامة إذ تترتب عليها نتائج خطيرة كما سنرى . لذلك يجب أن يكون القيد فى اليوم نفسه الذى يصدر فيه الأمر بالتعيين أو بالتثبيت.

---

(١) ومنها إذا تعدد المصفون ، ولم يرخص لهم فى الانفراد بالعمل ، كان عليهم طبقاً للمادة ٧٠٧ مدنى أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى . واختصامهم فى دعوى الشفعة ، إذا باعوا أطياناً شفع فيها ، هو مما يلزم معه تبادل الرأى فيما بينهم ، فيجب اختصامهم جميعاً ، ولا يغنى اختصام مصف عن اختصام الآخرين (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

ويعد كاتب المحكمة لهذا القيد سجلا عاما ، تقيد فيه أسماء المورثين حسب الترتيب الأبجدى . فيسهل العثور على اسم المورث المطلوب عند البحث عنه . فإذا صدر أمر بتعيين مصف أو بتثبيت وصى للتركة . عمد كاتب المحكمة فى يوم صدور الأمر إلى قيد هذا الأمر . ويتضمن طبعا اسم المصفى أو الوصى أمام اسم المورث . فيستطيع دائن التركة مثلا ، إذا علم أن مدينه قد مات ، أن يعرف ما إذا كان قد تقررت تصفية تركته تصفية جماعية . وذلك بأن يبحث فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية التى يدخل فى دائرتها آخر موطن لهذا المدين ، وفى السجل المعد لقيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين ، وأمام اسم المدين (المورث) المدون فى السجل حسب الترتيب الأبجدى ، ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصف للتركة . فإذا كان قد صدر هذا الأمر ، فإنه لا محالة يعثر على اسم المورث مدونا فى السجل ، ويجد أمام هذا الاسم الأمر الصادر بتعيين المصفى مقيدا [1] . ويجب أيضا على كاتب المحكمة أن يؤشر فى هامش السجل ، بجانب كل أمر صادر بتعيين مصف للتركة ، كل أمر يصدر بعزل هذا المصفى أو ما يقع منه من تنازل أو تنح عن مهمته ، ثم يقيد أمام اسم المورث دائما الأمر الصادر بتعيين المصفى الجديد الذى حل محل المصفى السابق . وبذلك يتمكن كل من يطلع على هذا السجل أن يعلم بالنسبة إلى تركة معينة ، ما إذا كانت هذه التركة قد تقررت تصفيتها تصفية جماعية ، ومن هو

---

(١) وقد اقترح أن يتم شهر الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة فى نفس السجلات المخصصة لشهر حقوق الإرث فى مكاتب الشهر العقارى ، لا فى قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر التصفية ، وذلك حتى لا تتعدد جهات الشهر . فيكون على كاتب المحكمة أن يبلغ يوماً فيوماً هذه الأوامر للتأشير بها فى هامش تسجيل حق الإرث إذا كان قد سجل ، أو تسجيله إذا لم يكن قد تم تسجيل حق الإرث (انظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١١ ص ٢٢٠ – وفى هذا الاتجاه حديثه فى ميراث وتصفية التركات بمجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٣٢) – وإذا كانت هذه الطريقة المقترحة تحقق توحيد جهات الشهر فى مسائل التركات ، إلا أنها من جهة أخرى تقتضى أن يتم شهر أمر تعيين المصفى فى مكاتب للشهر تتعدد بتعدد عقارات التركة ، إذا كانت هذه العقارات تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد .

المصنى الذى عين للقيام بهذه التصفية ، ومن عسى أن يكون قد حل محله إذا كان قد عزل أو كان قد تنحى .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٩ مدنى كما رأينا : « ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ » . والتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ مدنى هو تأشير دائن التركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث ، وقد رأينا أن هذا التأشير يغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة . وعلى ذلك يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أثران هامان :

(أولا) لا يجوز للوارث ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إلى أن يتسلم شهادة التوريث التى تعطى له بعد تسوية الديون وسيأتى بيانها فيما يلى ، أن يتصرف فى أموال التركة أو أن يستوفى ما للتركة من ديون . وتنص المادة ٨٨٤ فى هذا الصدد على ما يأتى : « لا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصا بدين للتركة »[1] . ذلك أنه من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى تبدأ الصفة الجماعية للتصفية ، وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة إلى الورثة كما نرى هنا ، وبالنسبة إلى دائنى التركة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ – ص ٢٢٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

كما سيجىء . فبالنسبة إلى الورثة ، تغل أيديهم عن التصرف فى أموال التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات ، وعن قبض الديون التى للتركة ، وعن إجراء المقاصة فى دين عليه بدين للتركة على دائنه وذلك لأن التصفية الجماعية تكون قد بدأت بقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى [١] . وشأن التركة التى تصفى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس التى تصفى تصفية جماعية ، وشأن المصفى هو شأن سنديك التفليسة . وكما تغل يد المفلس عن التصرف فى أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة ، وكما يكون للسنديك وحده حق التصرف فى أموال المفلس كذلك يكون للمصفى وحده حق التصرف فى أموال التركة . ولا ضير فى ذلك على الورثة فقد علموا بتعيين المصفى وقد يكونون هم الذين اختاروه ، ولا على من قد يتعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون قبل التعامل أن يبحثوا فى سجلات المحكمة الإبتدائية فيعثروا على الأمر الصادر بتعيين المصفى مقيدا فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل فى أموال التركة ، ولا على المدينين للتركة فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة بطريق مباشر ، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاصا فى حق لهم على الورثة [٢] ، يستطيعون هم أيضا أن يعثروا فى سجلات المحكمة الابتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصفى فيعلموا أن الوفاء بالديون يجب أن يكون للمصفى دون الورثة [٣] . ويحسن بمصفى التركة أن يبادر

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد ٨٨٠ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة ، مادامت التصفية قائمة (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

(٢) وكذلك لا يجوز لدائن التركة أن يجعل دينه على التركة قصاصاً فى دين عليه للوارث ، لأن دائن التركة لا يستوفى حقه إلا من أموال التركة ولا يجوز له أن يستوفيها من أموال الوارث الخاصة (إسماعيل غانم ص ١٥٣ – ص ١٥٤) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما الورثة فلا يجوز لأحد منهم أن يتصرف فى مال التركة قبل أن تسلم له شهادة التوريث ، أى بعد تصفية الديون . وهذه مسألة أساسية فى إجراءات التصفية هى التى تحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين تحقيقاً عملياً . وكما يمنع الوارث من التصرف ، يمنع كذلك من استيفاء ما للتركة من ديون بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، كأن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة . لأن المصفى هو وحده الذى تثبت له صفة القبض فى حقوق التركة حتى يتمكن من تسوية ديونها . ولأن قبض الوارث لحق فى التركة يشبه أن يكون تصرفاً فى هذا الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٨) .

منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة . وبذلك يستحث دائنى التركة أن يؤشروا بحقوقهم على هامش هذا التسجيل ، فيتمكن من معرفة الديون العادية التى على التركة مما يساعده على تسوية هذه الديون . وبذلك أيضا يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذى يتهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل : طريق قيد الأمر بتعيين المصفى فى سجلات المحكمة ، وطريق تأشير دائنى التركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الأرث فى مكاتب الشهر العقارى (١) .

(ثانيا) لا يجوز لدائنى التركة ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى ، أن يتخذوا أى إجراء فردى على أموال التركة . فقد بدأت الصفة الجماعية للتصفية من وقت قيد هذا الأمر كما قدمنا ، فيجب أن تكون إجراءات دائنى التركة إجراءات جماعية ، وفى مواجهة المصفى

---

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى فى هذا المعنى : « ونرى أن من أهم واجبات المصفى للتركة ، سواء كان من بين الورثة أو من الغير ، أن يقوم بشهر حق الإرث ، حتى يمكن بما يتخذه من إجراءات أمام المحكمة ، وما يتضح له من تأشيرات فى مكاتب الشهر المختصة ، أن يؤدى وظيفته وهى التصفية على أكمل وجه (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤٢٨) .

وقد يتم شهر الإرث قبل تعيين المصفى ، فأى تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً فى حق دائنى التركة ، ولهؤلاء لا للمصفى أن يتتبعوا العقار المبيع فى يد المشترى . ويتتبع الدائنون العقار فى يد المشترى بالرغم من فتح التصفية الجماعية وقيام المصفى بالعمل دون الورثة والدائنين ، إذا وقع أن هذه التصفية لم تسر إلى غايتها واتفق ذوو الشأن جميعاً على عدم المضى فيها (قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٥ ص ٧٠٣ هامش ١) . أما إذا قيد الأمر بتعيين المصفى بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث دون أن يؤشر دائن التركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث فى خلال السنة ، فالعبرة بالأسبقية فى الشهر . وكذلك للمصفى تتبع منقولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، مالم يكن المشترى حسن النية . بل إن الوارث إذا تصرف غشاً فى شىء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية ، عوقب بعقوبة التبديد كما سنرى (أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٤ ص ٣٥١) .

لا فى مواجهة الورثة . وتنص المادة ٨٨٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ – لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة . كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه . إلا فى مواجهة المصفى . ٢ – وكل توزيع فتح ضد المورث ، ولم تقفل قائمته النهائية ، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن »[1] . فكل إجراء فردى يتخذه أحد دائنى التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى يكون باطلا ، إذ يجب كما قدمنا بعد قيد هذا الأمر أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفى مواجهة المصفى . فالمصفى هو الذى يفحص الديون التى لهم ، ويحصرها ، ويقوم بسدادها . فإذا كانت التركة موسرة تقاضى كل دائن حقه كاملا ، وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذى له ، وبذلك تتحقق المساواة الفعلية مابين الدائنين ، وهذه هى فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين . وغنى عن البيان أنه إذا كان لدائن منهم حق التقدم قانونا كأن كان دائنا مرتهنا أو له حق امتياز ، استوفى حقه من المال محل الضمان متقدما على سائر الدائنين . ويلاحظ

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية «وكذلك لا يجوز الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجوده بالتركة» . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٥٤ فى المشروع النهائى ، بعد حذف هذه العبارة لعدم الحاجة إليها إذ لا يجوز بعد موت المدين أخذ حق اختصاص على عقارات التركة (م ٢/١٠٨٥ مدنى) . ثم وافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٥٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٥ – ص ٢٢٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

فى هذا الصدد أنه لا يجوز لأى من دائنى التركة ، بعد موت المدين ، أن يأخذ حق اختصاص على عقار فى التركة (م ١٠٨٥ / ٢ مدنى) ، فإنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم . فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجودا قبل موت المدين ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أخذ فى حياة المدين . وإذا اتخذ أحد دائنى التركة إجراء فرديا على مال المدين قبل موته ، بأن حجز مثلا على ماله ، فبموت المدين وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى يجب وقف هذا الإجراء الفردى ، ولا يجوز للدائن أن يستمر فيه إلا فى مواجهة المصفى ، وبذلك ينقلب إلى إجراء جماعى ، ويتحاص الدائن مع سائر دائنى التركة أموال المدين إلا إذا كان له حق التقدم بسبب موجود قبل موت المدين كما سبق القول . ولكن إذا كان الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية ، فعند ذلك يكون الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه إلى نهايته ، ولم يعد هناك بد من تنفيذ قائمة التوزيع النهائية كما هى ، وحصول كل دائن على ما خصص له فى هذه القائمة . أما إذا كانت قائمة التوزيع النهائية لم تقفل قبل قيد الأمر بتعيين المصفى ، فإنه يجب وقفها بناء على طلب المصفى أو بناء على طلب أى من ذوى الشأن كوارث أو دائن ، وذلك حتى يتم حصر ديون التركة جميعا فتضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة [١] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : "أما دائنو التركة فلا يستطيعون اتخاذ أية إجراءات فردية ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعاً . بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصفى باعتباره وكيلا عن الورثة . وكل توزيع فتح ضد المورث حال حياته ، ولم تقفل قائمته النهائية ، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة . ومن أهم ما يترتب على وقف الإجراءات الفردية من الآثار حرمان الدائنين من أخذ حقوق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، حتى لا يتميز أحدهم على الآخرين دون مبرر . ويلاحظ فى هذا الصدد أن حق الاختصاص ، بعد أن حرم فى حالتى الإعسار والموت ، فأصبح لا يجوز–

٤٧ – كيف تنتهى مهمة المصفى : ومهمة المصفى تنتهى فى الأصل بانتهاء التصفية . ولكنها قد تنتهى قبل انتهاء التصفية بأحد أمور ثلاثة : بالتنحى أو بالموت أو بالعزل .

أما انتهاؤها بالتنحى فلأن المصفى فى حكم الوكيل ، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧٧ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة ، أو أن يتنحى عنها بعد توليها طبقا لأحكام الوكالة » . ومن أحكام الوكالة فى تنحى الوكيل ما تنص عليه المادة ١/٧١٦ مدنى من أنه « يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق مخالف لذلك ، ويتم التنازل باعلانه للموكل . فاذا كانت الوكالة بأجر ، فان الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » . ويبدو أن المصفى إذا أراد أن يتنحى عن مهمته ، يجب أن يبلغ تنحيه للمحكمة التى عينته ، ولو كان الورثة هم الذين اختاره بالإجماع ، أو كان وصيا للتركة عينه المورث قبل موته وثبته المحكمة . ومن أحكام التنحى عن الوكالة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧١٧ مدنى من أنه « على أى وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف » .

وقد تنتهى مهمة المصفى بموته قبل انتهاء التصفية ، إذ هو فى حكم الوكيل كما قدمنا ، والوكالة تنتهى بموت الوكيل (م ٧١٤ مدنى) .

وتنص المادة ٢/٧١٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ،

= أخذه إلا فى حياة المدين الموسر ، لم يعد يترتب عليه ضرر ، وبقيت فائدته الرئيسية من أن الدائن يطمئن إلى ضمان حقه فى المستقبل إذ المدين حى ويجوز أن يتصرف فى ماله . أما بعد الموت فلا محل لأخذ حق الاختصاص ، إذ لا يخلو الأمر من أن تكون التركة معسرة فلا معنى لتقدم دائن على آخر ، أو موسرة فلا فائدة من أخذ الاختصاص بعد أن امتنع تصرف المدين فى ماله بعد موته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ – ص ٢٢٨) .

وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل » . ويبدو أن ورثة المصفى يجب أن يخطروا المحكمة التي عينت المصفى بموته ، كما يجوز أن يخطر المحكمة بذلك كل ذى شأن كالورثة والدائنين والموصى لهم .

وتنتهى مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية ، أخيرا ، بالعزل . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٧٧ مدنى تقول فى هذا الصدد : « وللقاضى أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصفى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » . والأسباب التى تبرر عزل المصفى متنوعة ، فقد تكون عدم كفايته لإدارة التركة وتصفيتها . وقد تكون عدم أمانته ، وقد تكون ما يبدو منه من إهمال وتقصير وقد تكون غير ذلك من الأسباب . فمتى تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصفى عزلته . وقد يكون هذا العزل بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كدائن أو وارث أو موصى له ، أو بناء على طلب النيابة العامة (١) ، أو دون طلب من أحد فتعزله المحكمة المصفى من تلقاء نفسها (٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وكما أن القاضى هو الذى يعين المصفى ، فهو الذى يملك عزله أيضا بناء على طلب أحد من ذوى الشأن أو دون طلب ، سواء فى ذلك أن يكون المصفى قد عين بإجماع الورثة أو كان مختارا من القاضى » (٣) .

وإذا انتهت مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية ، سواء كان انتهاؤها بتنحى المصفى أو بموته أو بعزله ، فعلى المحكمة أن تعين مصفيا آخر مكانه

(١) أنظر إضافة النيابة العامة فى لجنة مجلس الشيوخ وقد روعى فى هذه الإضافة ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه : آنفاً ص ١٣١ هامش ١ .

(٢) ودعوى العزل لا تمس نظام التصفية فى شىء ، وإنما هى منصبة بشخص المصفى وما هو منسوب إليه . ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فى دعوى العزل ، ولو كان الحكم بتعيين المصفى قد صدر فى مواجهتهم . وذلك أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه ، ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مالكاً لأقل الأنصبة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٨ .

حتى يتم تصفية التركة التى بدأها المصفى السابق . ويكون تعيين المصفى الجديد إما باختيار الورثة له بالإجماع ، أو باختيار المحكمة إياه إذا لم يكن هناك إجماع من الورثة ، وذلك على الوجه الذى بسطناه عند الكلام فى تعيين المصفى (١) .

٢ – المرحلة الثانية – جرد التركة بما لها وما عليها

٤٨ – خطوات هذه المرحلة : بعد مرحلة تعيين المصفى ، ندخل فى مرحلة جرد التركة بما لها وما عليها . وهذه المرحلة الثانية تشتمل على إجراءات أولية ، تتلوها إجراءات إدارة التركة وجردها .

أما الإجراءات الأولية فتنتظم الخطوات الآتية : (١) تسلم المصفى أموال التركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية (م ٨٨٠ مدنى) . (٢) اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة (م ٨٨١ مدنى) . (٣) تجهيز الميت وصرف نفقة لمن كان الميت يعولهم من ورثته (م ٨٨٢ مدنى).

وأما إجراءات إدارة التركة وجردها فتنتظم الخطوات الآتية : (١) إدارة التركة ومسئولية المصفى عن الإدارة (م ٨٨٥ مدنى) . (٢) تكليف دائنى التركة ومدينيها بتقديم بيان عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون (م ٨٨٦ مدنى) . (٣) جرد حقوق التركة وديونها (م ٨٨٧ – ٨٨٩ مدنى) . (٤) الفصل فى المنازعات المتعلقة بالجرد (م ٨٩٠ مدنى) .

٤٩ – تسلم المصفى أموال التركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية –

نص قانونى : تنص المادة ٨٨٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يتسلم المصفى أموال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة . وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته » .

---

(١) أنظر آنفا فقرة • .

« ٢ — ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية »[1] .

ويخلص من هذا النص أن المصفى يبدأ بتسلم أموال التركة بمجرد تعيينه ، ليقوم بتصفيتها وسداد الديون برقابة المحكمة الابتدائية التى عينته . وهى المحكمة التى يوجد فى دائرتها آخر موطن للمورث أى المحكمة المختصة بنظر مسائل التصفية . ويتسلم المصفى أموال التركة ممن هى تحت يدهم من ورثة الميت وأقاربه وذويه وودعائه وغيرهم ممن يحرزون هذه الأموال كالمصارف والشركات ، كما يتسلم أوراق الميت ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه .

ويجوز للمصفى ، ولو كان وارثا ، أن يطلب من المحكمة أن تحدد له أجرا عادلا ، لتعويضه عما يتكلفه من جهد ووقت فى أعمال التصفية وهذا الأجر يدخل ضمن نفقات التصفية ، ويكون حقا ممتازا مثلها .

أما نفقات التصفية الأخرى فتشمل المصروفات القضائية التى أنفقت فى تعيين المصفى وقيد الأمر الصادر بتعيينه ومصروفات شهر حق الإرث ، وما ينفق من مصروفات فى اتخاذ الاحتياطات المستعجلة من وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة ، وفى القيام بالوسائل التحفظية وما يلزم من أعمال الإدارة ، ومصروفات دعوة دائنى التركة ومدينيها إلى التقدم بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون والإعلانات

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٧ — ص ٢١٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

الخاصة بذلك ، ومصروفات الجرد وتقدير أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة ، ومصروفات التقاضى الخاصة بالمنازعات فى صحة الجرد ، ومصروفات وفاء ديون التركة وبيع منقولاتها وعقاراتها فى المزاد العلنى عند الاقتضاء ، ومصروفات استيفاء حقوق التركة ، ومصروفات تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومصروفات تسليم أموال التركة بعد سداد الديون إلى الورثة ، وغير ذلك من المصروفات. ونفقات التصفية هذه جميعا تتحملها التركة ، وتكون حقا ممتازا ، وله مرتبة امتياز المصروفات القضائية ، أى المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز العامة . وهذا أمر ظاهر ، فان نفقات التصفية بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية ، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل .

أما مصروفات قسمة أموال التركة ، بعد سداد ديونها ، بين الورثة إذا طلب أحدهم ذلك ، فهذه لا تدخل فى نفقات التصفية ، لأن التصفية تتم بتسوية ديون التركة وصيرورة التركة خالية من الديون . فتصبح أموال التركة عندئذ ملكا شائعا بين الورثة ، وتسرى على مصروفات قسمتها بينهم الأحكام التى تسرى على مصروفات القسمة بوجه عام .

٥٠ – اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة نص قانونى :

تنص المادة ٨٨١ مدنى على ما يأتى :

« على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما . ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام ، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات قيمة »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٩ – ص ٢٢١) .

ويخلص من هذا النص أن هناك إجراءا احتياطيا مستعجلا يجب على المحكمة أن تبادر إلى الأمر به ، وذلك عند نظرها في تعيين المصفى ، وقبل تعيينه إذا اقتضى الأمر . وذلك أن الغالب في التركات التي تصفى تصفية جماعية أن تشتمل على أشياء ثمينة ، كأثاث فاخر وحلى وجواهر ونقود وأوراق مالية من أسهم وسندات ونحو ذلك من الأشياء ذات القيمة . فهذه تقتضى الحيطة التحفظ عليها ، حتى لا يتخطفها من يكون على مقربة منها ويستطيع الاستيلاء عليها خفية ، إضرارا بالورثة والدائنين . ومن أجل ذلك تصدر المحكمة ، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كوارث أو دائن أو موصى له ، أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو دون طلب من أحد من تلقاء نفس المحكمة ، أمرا بوضع الأختام على الغرف والقاعات التي تحتوى على الأثاث الفاخر ، وعلى الخزائن والدواليب التي تحتوى على الحلى والجواهر والنقود والأوراق المالية والملابس وما إلى ذلك . وتأمر المحكمة أيضا بإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء الأخرى ذات القيمة كالحلى والجواهر في أحد المصارف ، وذلك للمحافظة عليها لحساب التركة إلى أن تتم تصفيتها[1] .

= ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية ، وليس من قاضى الأمور الوقتية . وليس أقطع في الدلالة على أن المشرع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المستعجلة منوطة بالمحكمة لا بقاضى الأمور الوقتية من أنه نوط بالمحكمة اتخاذ تلك الإجراءات ، ليس فقط بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، بل إنه أيضاً خول لها اتخاذ تلك الاحتياطات من تلقاء نفسها دون طلب ما ، وهو أمر لا يتصور حصوله من قاضى الأمور الوقتية (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٢١ ص ٨٠٥) .

وتنص المادة ٩٤٩ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب ، على أن « القاضى الأمور الوقتية أن يصدر أمراً على عريضة باتخاذ جميع ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية =

وتكون هذه الأشياء كلها تحت تصرف المصفى عند تعيينه ، يجردها ويقدر قيمتها ويدرجها فى القائمة ، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال التركة .

٥١ – تجهيز الميت وصرف نفقة مؤقتة لمن كان الميت يعولهم من ورثته. نص قانونى : تنص المادة ٨٨٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ – على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية ، على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث » .

« ٢ – وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية » (١) .

= للمحافظة على التركة ، وبوجه خاص الأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة أحد المصارف أو لدى أمين. وللمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تعدل هذا الأمر أو تلغيه ، وأن تأمر بما تراه لازماً من الإجراءات التحفظية الأخرى ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة » .

وانظر فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضاً ، فى وضع الأختام ورفعها وفى الجرد المواد ٩٥٤ – ٩٦٨ مرافعات .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقضى بالصرف من مال التركة « على تجهيز الميت » ولم يكن يذكر « نفقات مأتمه » ، وكان يجعل الاختصاص فى النفقة لقاضى الأمور المستعجلة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب جعل الصرف من مال التركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٥١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ قيل إن المفهوم أن أصحاب الوصية الواجبة حكمهم حكم الورثة فى تطبيق هذه المواد » ، وأضافت اللجنة عبارة « ونفقات مأتمه » بعد عبارة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات ، واستبدلت عبارة « قاضى الأمور الوقتية » بعبارة « قاضى الأمور المستعجلة » ، وذلك « لأن المنازعات التى يعرض لها النص من قبيل ما يصلح أن يفصل فيه قاضى الأمور الوقتية ، والالتجاء إليه أيسر وأقل من نفقة الالتجاء إلى القضاء المستعجل حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى بل يكتفى بطلب مقدم للقاضى ويؤشر عليه » . =

ويخلص من هذا النص أن المصفى ، وهو يواجه بمجرد تعيينه نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، يجب عليه أن يقوم بتسديد هذه النفقات من أموال التركة ، لأن هذه النفقات مقدمة على جميع ديون التركة . وقد كان المشروع التمهيدى يقضى بالصرف من مال التركة « على تجهيز الميت » ، فعدل النص فى لجنة الشؤون التشريعية إلى الصرف من مال التركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » [1] . وهذا التعديل تعديل صائب ، إذ يغلب أن يجيء تعين المصفى بعد دفن الميت ، ويكون ذووه هم الذين قاموا بنفقات تجهيزه ، فيرجعون بها على المصفى يسددها من أموال التركة . ولم يكن المشروع التمهيدى يذكر نفقات المأتم إلى جانب نفقات تجهيز الميت ، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ نفقات المأتم « لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات » [2] . فيجب إذن على المصفى أن يسدد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، بما يناسب حالته ، لمن قام بهذه النفقات من ذوى الميت .

ويأتى بعد تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه . النفقة على من كان الميت يعوله من ورثته . ويدخل فى ذلك أصحاب الوصية الواجبة إذ يعتبرون من الورثة . وهذا أمر على جانب كبير من الاستعجال ، إذ كثيرا ما يكون الميت يعول زوجته وأولاده وبعض أقاربه كأمه وأبيه وإخوته . وهؤلاء تنقطع عنهم موارد الرزق بموت عائلهم ، إذا صفيت تركته تصفية جماعية فرفعت يد الورثة عن أموال التركة حتى تتم التصفية .

= ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٨٢ ، ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢١ – ص ٢٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ .

فيكونون فى أشد الحاجة إلى إسعاف عاجل ، إذا لم يكن لهم مورد من العيش بعد موت العائل . لذلك أوجب القانون على المصنى أن يبادر إلى استصدار أمر من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، يقدر فيه القاضى مبلغا معقولا يكفى للنفقة عليهم موقتا ، ويأخذونه من أموال التركة حتى تتم تصفيتها ويتمكنوا من تسلم ما يخصهم منها . ويشترط فيمن تصرف له هذه النفقة الموقتة أن يكون وارثا ، وأن يكون ممن يعولهم المورث حال حياته . فلا تصرف لمن كان الميت يعولهم من غير ورثته إذ ليس لهؤلاء نصيب فى تركته (١) ، ولا لوارث لا يكون الميت يعوله حال حياته . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الاختصاص فى نظر هذه النفقة لقاضى الأمور المستعجلة ، فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص وجعلت الاختصاص لقاضى الأمور الوقتية ، لأن الالتجاء إلى قاضى الأمور الوقتية أيسر وأسرع « حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى ، بل يكتفى بطلب يقدم للقاضى ويؤشر عليه » (٢) . وإذا قدر قاضى الأمور الوقتية النفقة التى تعطى لمن كان الميت يعولهم من ورثته ، فنازع فيها الورثة الأخرون أو الدائنون أو الموصى لهم ، بأن ادعوا أن من قررت لهم النفقة ليسوا من الورثة ، أو هم من الورثة ولكن الميت كان لا يعولهم حال حياته ، أو أن المبلغ الذى قدر لهم مبالغ فيه لا يتناسب مع أنصبائهم

---

(١) أما أصحاب الوصية الواجبة ، إذا كان الميت يعولهم حال حياته ، فيعتبرون فى حكم الورثة إذ لهم نصيب فى تركة الميت ، فتجب لهم النفقة (أنظر ما قيل فى لجنة مجلس الشيوخ فى هذه المسألة آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ – وانظر فى أصحاب الوصية الواجبة مايلى فقرة ٧٩).

(٢) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ – وفيما يتعلق بتركات الأجانب « يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة : أولا – بتقدير نفقة وقتية لمن كان المورث يعولهم حتى تنتهى التصفية ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن وبعد أخذ رأى المصفى كتابة . ثانيا . . . » (م ٩٥٠ مرافعات) . ويجوز لقاضى الأمور الوقتية « عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ويأمر باعلان ذوى الشأن لجلسة يحددها فى ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة فى الطلب منعقدة بهيئة مشورة » .

فى الإرث ، نظر قاضى الأمور الوقتية هذه المنازعات وبت فيها نهائيا . ومتى قدرت النفقة على هذا النحو ، فانها تخصم مما يستولى عليه كل وارث قدرت له النفقة من نصيبه فى الإرث .

٥٢ – إدارة التركة ومسئولية المصفى عن الادارة – نص قانونى :

تنص المادة ٨٨٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ – على المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة . وعليه أيضا أن ينوب عن التركة فى الدعاوى ، وأن يستوفى مالها من ديون قد حلت » .

« ٢ – ويكون المصفى ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولا مسئولية الوكيل المأجور ، وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية » [1]

ويعرض النص هنا لما يلى الإجراءات الأولية التى سبق بيانها ، من أعمال إدارة التركة . ذلك أن المصفى ، فى أثناء تصفيته للتركة بل وقبل أن يبدأ التصفية ، يجد تحت يده أموال التركة ، وهذه فى حاجة إلى الإدارة إلى أن تتم التصفية وتسلم الأموال للورثة . فيتعين عليه أن يقوم بهذه الإدارة .

وأول ما يعرض له من ذلك هو ما يجب اتخاذه من الوسائل التحفظية . فاذا كان للتركة دين فى ذمة الغير مثلا وكان مضمونا برهن رسمى ولم يكن الرهن قد قيد ، وجب على المصفى أن يقيد الرهن ، وإذا كان الرهن

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٢٩ – ص ٢٣١) .

ولا مقابل لنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

قد قيد وحان ميعاد تجديده وجب عليه أن يجدد القيد . وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المال كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب ، وجب على المصفى أن يقطع التقادم أولا ، ثم يطالب باستحقاق المال . وإذا كان للتركة دين فى ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين فى ذمة شخص ثالث ، كان على المصفى أن يوقع حجزا ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين . وإذا كان للتركة أجرة متأخرة فى ذمة مستأجر ، كان على المصفى أن يوقع حجزا تحفظيا على المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة . وهكذا يكون على المصفى أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب اتخاذها ، للمحافظة على أموال التركة من الضياع .

ثم تأتى بعد ذلك أعمال الإدارة المألوفة ، كأن يقبض غلة أموال التركة وأن يجنى محصول الأرض وأن يبيع المحصول وأن يؤجر أعيان التركة لمدد قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك ، فهذه كلها تدخل فى أعمال الإدارة المألوفة ، ويجب على المصفى أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفى أثناء تصفيته لها . ومن أعمال الإدارة المألوفة أن يقوم المصفى بقبض الديون المستحقة للتركة والتى تكون قد حلت ، وأن ينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها .

ولما كان المصفى فى حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة الذين يملكون التركة) ، فان مسئوليته عن الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة المألوفة التى سبق ذكرها هى مسئولية الوكيل . فللمحكمة الابتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية تحددها له ، وعليه أن يوافى المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ مهمته (م ٧٠٥ مدنى). وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه ، وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما يتبقى فى ذمته من أموال التركة من وقت أن يعذر (م ٧٠٦ مدنى) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٨٥ مدنى كما رأينا : « ويكون المصفى ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولا مسئولية الوكيل المأجور » .

ومسئولية الوكيل منصوص عليها فى المادة ٧٠٤ مدنى إذ تقول : « ١ – إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . ٢ – فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد » . وعلى ذلك يكون المصفى ، سواء كان مأجورا أو غير مأجور بأن كان لم يطلب من المحكمة تقدير أجر له ، ملتزما فى القيام بتصفية التركة وفى إنجاز مهمته ببذل عناية الرجل المعتاد ، ولو زادت هذه العناية على العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة .

٥٣ – تكليف دائنى التركة ومدينيها بتقديم بيان بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون – نص قانونى : تنص المادة ٨٨٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ – على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة » .

« ٢ – ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة ، أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان ، وفى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ، وفى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار » [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما يتعلق بالفقرة الأولى . أما الفقرة الثانية فكانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « ويجب أن يلصق التكليف على باب آخر محل كان موطناً للمورث أو على باب آخر محل كان مقراً لأعماله ، وعلى الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة ، وعلى الباب الرئيسى لديوان كل من المركز والمديرية أو لديوان المحافظة التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان ، وعلى الوحات المعدة لنشر الإعلانات داخل كل من المحكمة التى يقع بدائرتها آخر موطن للمورث أو آخر مقر لأعماله والمحكمة التى تقع بدائرتها أعيان التركة . ويجب أيضاً أن ينشر التكليف فى الجريدة الرسمية ، وفى ثلاث من الصحف اليومية الكبرى » . ووافقت لجنة المراجعة –

وهنا يمهد المصفى لجرد التركة ، باتخاذ إجراء يستطيع أن يكشف به عن دائنى التركة ومدينيها . وسنرى أن عنده وسائل أخرى للكشف عن ذلك بما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق للتركة وديون عليها ، وبما تكشف عنه أوراق المورث ومستنداته ، وبما يصل إلى علمه من أى طريق كان . ولكن هذا كله لا يكفى ، فقد لا يعلم دائنو التركة ومدينوها بموت صاحبها ويكونون من الدائنين أو المدينين العاديين فلا تكشف عنهم السجلات العامة ، كما أنه ليس من الضرورى أن تكشف عنهم أوراق المورث ومستنداته . ومن أجل هذا وجب أن يوجه إليهم تكليف علنى ، بأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق على التركة وما عليهم من ديون للتركة ، فى ميعاد معين .

وقد قضى القانون ، كما رأينا ، بأن على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها ، يدعوهم فيه أن يقدموا بيانا عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف . ولما كان التكليف ينشر أكثر من مرة كما سنرى ، فيجب أن يحدد المصفى ميعادا لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور فى المرات الأولى من النشر ، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة .

=على النص تحت رقم ٩٥٧ فى المشروع النهائى ، بعد بعض تعديلات لفظية . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ، عدلت الفقرة الثانية بما يقصر التكليف على النشر فى صحيفتين من الصحف اليومية الكبرى ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٩٥٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقم النص ٨٨٦ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١ – ص ٢٣٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٧ (موافق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

وحتى تتوفر للتكليف العلانية الواجبة ، قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاثة[١] : (١) النشر المحلى : بالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى القرى ومدن الأقاليم يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى القرية أو المدينة ، وبالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمركز البوليس الذى تتبعه الأعيان . (٢) النشر فى لوحة الإعلانات بالمحكمة : يلصق التكليف فى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ، ويلاحظ أن المحكمة المختصة بنظر القضية هى المحكمة الابتدائية لا المحكمة الجزئية كما سبق القول . (٣) النشر فى الصحف اليومية : ينشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار . ولا يوجد ترتيب معين لهذه الطرق الثلاثة ، فقد ينشر التكليف فى الصحيفة اليومية قبل لصقه فى لوحة المحكمة وعلى الباب الرئيسى لمقر العمدة أو لمركز البوليس ، وقد ينعكس هذا الترتيب . والمهم أن تكون المهلة المعطاة فى التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف كما قدمنا .

٥٤ — *جرد حقوق التركة وديونها — نصوص قانونية* : تنص المادة ٨٨٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ — على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة ، خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . وعليه أيضا أن يخطر ، بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم ، كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع » :

« ٢ — ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك » .

وتنص المادة ٨٨٨ مدنى على ما يأتى :

---

(١) يراجع ما طرأ على هذه الطرق من تعديلات فى أثناء المراحل التشريعية لنص المادة ٨٨٦ مدنى ، ابتداء بالمشروع التمهيدى ، فلجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ : آنفاً ص ١٥٤ هامش ١ .

« ١ – للمصفى أن يستعين فى الجرد وفى تقدير قيمة أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة » .

« ٢ – ويجب على المصفى أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان ، وعلى الورثة أن يبلغوا المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها » .

وتنص المادة ٨٨٩ مدنى على ما يأتى :

« يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثا » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٨٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – على المصفى أن يقدم للقاضى ، فى ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين مال التركة وما عليها ، وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . ويجب أيضاً أن تعلن هذه القائمة فى الميعاد المتقدم إلى كل ذى شأن . ٢ – ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما يلزم المصفى بإيداع القائمة قلم كتاب المحكمة بدلا من تقديمها للقاضى وبإخطار كل ذى شأن بحصول الإيداع بموجب خطاب مسجل ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٥ – ص ٢٣٦) .

م ٨٨٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الجزء الأخير من الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كان يجرى على الوجه الآتى : « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها للمصفى على أن يكون مسئولا عنها ، ويجب على الورثة بوجه خاص أن يبلغوا المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها إلى المصفى على أن يكون مسئولا عنها » ، واستعيض عنها بعبارة « وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان » ، وذلك « لأن التكليف بإبلاغ المصفى معلومات عن حالة المورث لم يتقرر له جزاء ، ولهذا أثرت اللجنة أن تجعل العبارة عامة تنصرف إلى كل ما يصل إلى علم المصفى سواء من طريق سمى –

وتعرض هذه النصوص لجرد المصفى للتركة وحصر مالها من حقوق وما عليها من ديون وإيداع قائمة بهذا الجرد قلم كتاب المحكمة ، وهذا هو جانب من جوانب المهمة الرئيسية للمصفى .

فعليه أولا أن يجرد التركة . وحتى يحصى ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون يستطيع أن يلجأ إلى الوسائل الآتية : (١) يرجع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته . ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث أو ديونه معتمداً على ماعسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث . (٢) ويرجع إلى السجلات العامة ، وبخاصة إلى مكاتب الشهر وتكاليف الأطيان ، ليكشف عن التسجيلات والقيود التي تثقل عقارات التركة فيعرف ما على التركة من ديون مكفولة بتأمينات عينية ، وليكشف من تكاليف الأطيان عما في تكليف المورث من أراض زراعية . (٣) ويرجع إلى الورثة والموصى لهم ليستعلم منهم عما يعرفون من حقوق للتركة أو ديون عليها ، ويستوثق مما يقولون في ذلك بالمستندات والأوراق الأخرى إذا أمكن . (٤) وقد رأينا أن من الأعمال التي يبادر المصفى إلى القيام بها

= ذوى الشأن للإدلاء إليه بمعلومات أو عن طريق سعيه هو في تحصيلها » . وأضافت اللجنة إلى الشق الأخير من الفقرة الثانية عبارة « أو حقوق لها » لأن التصفية تستلزم الوقوف على الديون والحقوق دون تفرقة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٧ – ص ٢٣٩) .

م ٨٨٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٠) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٨ – ٨٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩١ – ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أن يشهر حق الإرث فى مكاتب الشهر العقارى التى تقع فى دائرتها عقارات التركة ، ويؤدى ذلك إلى أن كثيرا من دائنى التركة العاديين يؤشرون بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث ، فيعرف من هذه التأشيرات كثيراً من الديون العادية التى على التركة . (٥) ورأينا أيضاً أن المصفى يعلن تكليفاً لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه إلى تقديم بيان بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون . وبذلك يستطيع الوقوف على كثير مما للتركة وما عليها . (٦) وللمصفى أخيراً أن يلجأ إلى أية وسيلة أخرى يجدها فى استطاعته للكشف عما للتركة وما عليها ، كأن يستعلم عن ذلك من المصارف والشركات ومن دائنى التركة ومدينيها الظاهرين ومن شركاء المورث فى الأعمال التى كان يقوم بها ومن مستخدميه الخاصين الذين كانوا على اتصال بأعماله ومن غير أولئك وهؤلاء ممن يستطيعون أن يقدموا له معلومات فى هذا الشأن ، سواء تقدم إليهم فى ذلك أو تقدموا هم من تلقاء أنفسهم بهذه المعلومات .

فإذا ما حصر المصفى ما للتركة من نقود وأوراق مالية ومفروشات وأثاث وحلى ومجوهرات وحقوق معنوية (كحق المؤلف وحق المخترع) ومنقولات أخرى وما تشتمل عليه من أرض ومبان ، وجب عليه أن يقدر قيمة هذه الأموال ، وله أن يستعين فى هذا التقدير بخبير أو بمن يكون له دراية خاصة فى تقدير بعض هذه الأموال كالحلى والمجوهرات والحقوق المعنوية .

ويلاحظ أن القانون حرم الاستيلاء على شيء من أموال التركة ، فمن كان تحت يده شيء من هذه الأموال ، حتى لو كان دائناً أو موصى له أو وارثاً ، يجب عليه أن يسلمه للمصفى . وقد نصت المادة ٨٨٩ مدنى كما رأينا على أن « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ولو كان وارثاً » . فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت شيئاً من ماله غشاً بنية الاستيلاء عليه وتملكه ، اعتبروا فى حكم المبددين وعوقبوا بعقوبة التبديد . حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو اولاده إذا أخفوا مثلا شيئاً من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى

ومجوهرات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد نصت المادة . . . من المشروع على عقوبة جنائية هى عقوبة التبديد ، توقع على كل من استولى غشاً على مال التركة حتى لوكان وارثاً . فمن كان فى يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه ، وقعت عليه عقوبة التبديد حتى لوكان وارثاً ، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه . وهذا لايخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد ، كعقوبة السرقة ، إذا كان هناك محل لذلك . أما مجرد الإهمال فى التبليغ عن أموال التركة أو تعمد عدم التبليغ ، مادام غير مصحوب بالاستيلاء على مال التركة ، فلايدخل فى حكم المادة . . . »[1] .

ويعد المصفى ، بعد جرد التركة على النحو الذى بسطناه ، قائمة تبين ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون ؛ وتشتمل على تقدير قيمة هذه الأموال . وهذه القائمة تبين حالة التركة مبدئياً ، هل هى موسرة أومعسرة ، وما مقدار حقوقها وديونها ، ولاتتبين حالة التركة نهائياً إلا بعد تصفية المنازعات فى القائمة على ما سيجىء .

وقد أوجب القانون على المصفى أن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، وضرب له ميعاداً لذلك أربعة أشهر من يوم تعيينه . ويغلب أن يضيق هذا الميعاد بما يستغرقه إعداد القائمة من وقت ، ويكفى أن نذكر بياناً لذلك أن شهر حق الإرث فى مكاتب الشهر المختلفة يستغرق وقتاً غير قليل ؛ ويكون بعد ذلك لدائنى التركة العاديين أن يؤشروا بحقوقهم فى خلال سنة كاملة من وقت تسجيل حق الإرث ؛ فلا يستطيع المصفى أن يحصى دائنى التركة العاديين ولوعلى وجه تقريبى إلابعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث ، أى بعد انقضاء أكثر من سنة من وقت تعيينه . وإذا هو لم يعتمد على شهر حق الإرث وتأشير الدائنين بحقوقهم ؛ واكتفى بالتكليف الذى يدعو فيه دائنى التركة ومدينيها أن يتقدموا ببيان ما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، فإن القانون أعطى مهلة للتقدم بهذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٢ .

البيان ثلاثة أشهر من وقت نشر هذا التكليف آخر مرة . فلا يكون أمام المصفى لإعداد القائمة متضمنة تقديراً لقيمة أموال التركة ، وإيداعها قلم كتاب المحكمة ، وإخطار كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان ، بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائنى التركة ومدينيها ، وتمكن كذلك من نشره ، فى أول يوم عين فيه »[1] لذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٨٨٧ مدنى ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمصفى أن يطلب إلى المحكمة مد ميعاد الأربعة الأشهر إلى مدة كافية لإعداد القائمة وإيداعها والإخطار بها على الوجه السالف الذكر . وذلك إذا وجدت ظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما توجد هذه الظروف[2] .

ومتى أعد المصفى قائمة الجرد ، وجب عليه إيداعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية . ووجب عليه كذلك إخطار كل ذى شأن ، من وارث وموصى له ودائن للتركة ومدين لها ، بكتاب موصى عليه ، بحصول هذا الإيداع ، حتى يطلع هؤلاء إذا شاءوا على القائمة فى قلم كتاب المحكمة ، والتقدم بما عسى أن يكون لهم من اعتراضات عليها إلى المحكمة لتفحص منازعاتهم وتتصرف فيها على الوجه الذى سنبينه فيما يلى . ويجب أن يكون إيداع القائمة وإخطار ذوى الشأن ، كما قدمنا ، فى ميعاد الأربعة الأشهر أو فى الميعاد الذى حددته المحكمة أزيد من ذلك كما يقع غالباً .

٥٥ — الفصل فى المنازعات المتعلقة بالجرد — نص قانونى :

تنص المادة ٨٩٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ — كل منازعة فى صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة ، بناء على طلب كل ذى شأن ، خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٢ — ص ٢٤٣ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة « بمد الأجل المحدد قانوناً لتقديم بيان بما للتركة وما عليها من الحقوق إذا وجدت ظروف تبرر ذلك ، والتصريح بأداء الديون التى لا نزاع فيها » (م ٩٥٠ ثالثاً مرافعات) .

« ٢ – وتجرى المحكمة تحقيقاً ، فإذا رأت الشكوى جدية أصدرت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من هذا الأمر وفقاً لأحكام قانون المرافعات » .

« ٣ – وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء . عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال [١] » .

ويعرض هذا النص لإجراءات الفصل فى المنازعات المتعلقة بالجرد . فإذا أودع المصفى قائمة الجرد قلم كتاب المحكمة وأخطر ذوى الشأن بإيداعها على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، تمكن هؤلاء من الإطلاع عليها

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١٣٢٢ – ١٣٢٣ من المشروع التمهيدى . وكانت المادة ١٣٢٢ تتفق مع ما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل المهلة فى رفع المنازعة فى حق الجرد خمسة عشر يوماً من يوم إعلان قائمة الجرد . وكانت المادة ١٣٢٣ تجرى على الوجه الآتى : « لا تقبل المعارضة فى الأحكام الصادرة فى تلك المنازعات ، وميعاد استئناف هذه الأحكام خمسة عشر يوماً إن كان الاستئناف جائزاً » . ووافقت لجنة المراجعة على المادتين بعد إدماجهما فى مادة واحدة تحت رقم ٩٦١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ٩٥٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الأخيرة التى تتضمن حكماً خاصاً بالمعارضة والاستئناف فى المنازعات فى صحة الجرد ، « لأن مشروع قانون المرافعات تكفل به » ، وجعلت المهلة فى رفع المنازعة فى صحة الجرد ثلاثين يوماً بدلا من خمسة عشر يوماً ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٩٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٠ – ص ٢٤٦).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٥١ : كل منازعة فى صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة أمام المحكمة ذات الاختصاص بحسب القواعد العامة خلال ثلاثين يوماً من إيداع قائمة الجرد . (والتقنين السورى لا ينص على التحقيق المبدئى الذى تجريه محكمة تصفية التركة لتتثبت من جدية المنازعة . ويبدو أنه يجعل ذوى الشأن يرفعون منازعاتهم مباشرة إلى المحكمة المختصة بنظر هذه المنازعات ، ولكنه ينص مع ذلك على أن ترفع المنازعات بعريضة وهذا مخالف للقواعد العامة) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

فى قلم كتاب المحكمة . ولأى منهم أن ينازع فيها . فالوارث أو الموصى له قد ينازع فى أن القائمة قد أغفلت أعياناً أو حقوقاً للتركة [١] ، أو أنها أثبتت ديوناً على التركة ليست صحيحة . ودائن التركة قد ينازع فى أن له مبلغاً أكبر من المبلغ الذى أدرج فى القائمة ، ومدين التركة قد ينازع فى أن دينه أقل مما أدرج . وهكذا . أما دائنو التركة العاديون الذين لم يدرجوا فى القائمة لعدم ظهورهم . فهؤلاء يظلون غير معروفين فلا يمكن إخطارهم بإيداع القائمة ولا يتمكنون من المنازعة . وقد عالج القانون أمرهم فى المادة ٨٩٧ مدنى كما سيجئ .

والمنازعة فى قائمة الجرد ترفع بعريضة إلى المحكمة الابتدائية التى تنظر تصفية التركة ، ويرفعها صاحبها فى خلال الثلاثين يوماً التالية لإخطار المصفى له بإيداع قائمة الجرد فى قلم كتاب المحكمة . وتفحص المحكمة المنازعة فحصاً مبدئياً ، فاذا رأت أنها غير جدية أمرت برفضها . وإلا أصدرت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من الأمر الذى تصدره المحكمة ، وفقاً لأحكام قانون المرافعات . وتقضى المادة ٣٧٥ مرافعات بأن الخصم الذى صدر عليه الأمر الحق فى التظلم منه لنفس المحكمة التى أصدرت الأمر ، مع تكليف خصمه الحضور أمامها ؛ وتقضى المحكمة فى التظلم على وجه السرعة [٢] بتأييد الأمر أو إلغائه .

---

(١) وفى إحدى القضايا كان المصفى أحد الورثة ، فطعن الوارثان الآخران بأنه أغفل الكثير من أعيان التركة ولم يدرجها فى القائمة ،فقبل هذا الطعن وأمرت المحكمة بتعديل القائمة على هذا الأساس . ولما طعن فى هذا الحكم بالنقض ، قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بتعديل قائمة الجرد ينفذ فى حق المصفى الذى أقامته محكمة الاستئناف كما كان نافذاً فى حق سلفه ، دون حاجة إلى النص على ذلك فى منطوق الحكم الاستئنافى (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

(٢) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات التفرقة بين الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة أو على وجه الاستعجال والدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد ، وذلك بإلغاء جميع الآثار القانونية المترتبة على هذه التفرقة . فقد كانت الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة لا تعرض على قاضى التحضير ، ولا تجوز المعارضة فى الحكم الغيابى الصادر فيها ، وميعاد الاستئناف عشرة أيام أياً كانت المحكمة التى أصدرت الحكم . وأكثر هذه المزايا أصبحت شاملة لجميع الدعاوى ، فلم يصبح لعبارة «على وجه السرعة» مدلول أكثر من استدعاء نظر المحكمة إلى سرعة الفصل فى الدعوى .

فإذا ما صدر أمر نهائى فى شأن المنازعة . فإن كان هذا الأمر قد صدر برفضها ، لم يبق أمام صاحب المنازعة إلا الطريق العادى للتقاضى . وإذا صدر الأمر النهائى بقبول المنازعة لأنها جدية ، ولم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلى القضاء ، عينت المحكمة التى أصدرت الأمر أجلا يرفع فيه صاحب المنازعة دعواه أمام المحكمة المختصة[1] . وقد تكون المحكمة المختصة هى نفس المحكمة التى أصدرت الأمر ، وفى هذه الحالة ترفع الدعوى أمامها بالأوضاع العادية للتقاضى . وفى جميع الأحوال تقضى المحكمة المختصة فى المنازعة على وجه الاستعجال . ولا تجوز المعارضة فى الحكم الذى تصدره تطبيقاً للمادة ٣٨٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وتقضى بعدم جواز المعارضة إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون . ولما كانت المادة ١١٨ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) تقضى بأن تسرى على الدعاوى التى يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة القواعد العامة فى رفع الدعاوى ونظرها وإجراءات الطعن فى الحكم الصادر فيها ومواعيده ؛ لذلك تسرى فى ميعاد الاستئناف المادة ٢/٤٠٢ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) وهى تقضى بأن يكون هذا الميعاد ستين يوماً من يوم صدور الحكم ، وذلك إذا كان الاستئناف جائزاً .

§ ٣ — المرحلة الثالثة — تسوية ديون التركة

٥٦ — **المسائل التى تتضمنها هذه المرحلة** : تتضمن هذه المرحلة المسائل الآتية : (١) متى توفى ديون التركة ومن أين توفى (م٨٩١ —

---

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٢ مرافعات على أن « ترفع المنازعة فى صحة الجرد الذى أجراه المصفى لأموال التركة من أحد ذوى الشأن إلى قاضى الأمور المستعجلة فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار بإيداع القائمة ، ويأمر القاضى بتعديل القائمة مؤقتاً إذا رجح صحة المنازعة . ويحدد أجلا يرفع خلاله من يرى تكليفه من الطرفين دعواه إلى المحكمة المختصة ، فإذا انقضى هذا الأجل ولم ترفع الدعوى ، جاز للقاضى أن يأمر بعدم الاعتداد بها فى التصفية . ويجوز رفع المنازعة من النيابة العامة إذا تعلق بالتركة حق لقاصر أو عديم أهلية أو غائب » .

٨٩٣ مدنى) . (٢) تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة (م ٨٩٤ مدنى) . (٣) استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة (م ٨٩٥ – ٨٩٦ مدنى) . (٤) وفاء الديون التى لم تظهر فى قائمة الجرد (م ٨٩٧ مدنى) . (٥) تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف (م ٨٩٨ مدنى) .

٥٧ – متى توفى ديون التركة ومن أين توفى – نصوص قانونية : تنص المادة ٨٩١ مدنى على ما يأتى :

« بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصفى بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التى لم يقم فى شأنها نزاع . أما الديون التى نوزع فيها . فتسوى بعد الفصل فى النزاع نهائياً » .

وتنص المادة ٨٩٢ مدنى على ما يأتى :

« على المصفى ، فى حالة إعسار التركة أو فى حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أى دين ، ولو لم يقم فى شأنه نزاع ، حتى يفصل نهائياً فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة » .

وتنص المادة ٨٩٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ، ومما تشتمل عليه من نقود ، ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ، ومن ثمن ما فى التركة من منقول . فإن لم يكن كل ذلك كافياً ، فمن ثمن ما فى التركة من عقار » .

« ٢ – وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقاً للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة . فإذا كانت التركة معسرة ، لزمت أيضاً موافقة جميع الدائنين . وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٩١ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق –

وتعرض هذه النصوص للوقت الذى يوفى فيه المصفى ديون التركة ، ولأموال التركة التى توفى منها هذه الديون . وقد رأينا أن المصفى قد أعد قائمة جرد التركة وأودعها قلم كتاب المحكمة وأخطر كل ذى شأن بهذا الإيداع ، فانفتح بهذا الإخطار باب تقديم المنازعات فى الجرد . ورأينا أن القانون ضرب ميعاداً للتقدم بهذه المنازعات ، ثلاثين يوماً من وقت الإخطار . فعلى المصفى أن يتربص حتى انقضاء هذا الميعاد ، وفى نهاية الثلاثين يوماً يستطيع أن يقف على المنازعات التى تقدمت فى صحة قائمة الجرد . فإذا كانت هناك حقوق أو أموال للتركة أغفل إدراجها فى القائمة وعلم بها عن طريق تقدم وارث أو دائن أو أى ذى شأن آخر بمنازعة فى شأنها ، بحث الأمر وسعى فى الحصول على ما نقص التركة من مال ولو كان

لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٦٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٠ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٧ – ص ٢٤٨) .

م ٨٩٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦١ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٨ – ص ٢٤٩) .

م ٨٩٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٤ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب استفسر فى صدد الفقرة الثانية عن المقصود بعبارة « إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى » ، فأجيب « بأن الورثة قد يتفقون على إدخال تعديل فى الأوضاع والمواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية » ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٦٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٠ – ص ٢٥٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية .

التقنين المدنى السورى م ٨٥٢ – ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٥ – ٨٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ذلك عن طريق التقاضي ، وقد رأينا أنه ينوب عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها (م ١/٨٨٥ مدني) . وإذا كانت هناك منازعات في ديون التركة التي أدرجها في القائمة ، فإنه يقف على هذه المنازعات ويعرف ديون التركة التي ليس فيها نزاع وتلك التي توزع فيها .

وسواء كانت ديون التركة خالية من النزاع أو كان متنازعاً فيها . فإنه يستطيع أن يعرف من قائمة الجرد التي أعدها حالة التركة ، وهل هي موسرة أو معسرة . وفي تقديره لإعسار التركة يكفي أن يقوم احتمال لأن تكون معسرة ، فيفرض لذلك أن الديون المتنازع فيها ديون صحيحة حتى يكون في الجانب المأمون .

فإذا رأى أن التركة معسرة . أو أن هناك احتمالا لأن تكون معسرة على النحو الذي قدمناه ، فعليه أن يقف وفاء أي دين ولولم يقم في شأنه نزاع . ذلك لأنه إذا تبين نهائياً أن التركة معسرة ، فإن دائن التركة لايستطيع الحصول على كل حقه ولابد أن يكتفي بحصة منه ، والمصفي لايستطيع أن يعرف مقدماً مقدار هذه الحصة . فلابد إذن من أن ينتظر حتى يفصل نهائياً في الديون التي رفعت في شأنها منازعات ، وعند ذلك يستطيع أن يتثبت من مقدار جميع الديون التي على التركة في صورتها النهائية . وفي ذلك الوقت فقط يوفي ديون التركة ، فيوزع أموال التركة على دائنيها . ولما كانت التركة معسرة فإن دائني التركة يتحاصون أموالها . ويأخذ كل كل منهم حصة بنسبة الدين الذي له .

أما إذا رأى المصفي أن التركة موسرة حتى مع حساب الديون المتنازع فيها ، فإنه لايقوم حينذاك مانع من الوفاء بالديون التي لم يقم في شأنها نزاع . وعلى المصفي أن يوفي هذه الديون من أموال التركة على النحو الذي سنبينه ، ويوفيها بعد انقضاء الثلاثين يوماً المحددة لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد ، وبعد أن يستأذن في الوفاء بها المحكمة الابتدائية التي تنظر شؤون التصفية . أما الديون المتنازع فيها ، فلا يوفيها إلا عند الفصل في النزاع القائم في شأنها نهائياً ، ولما كانت التركة موسرة فإنها تتسع لوفاء كل هذه الديون .

وهو يوفى ديون التركة ، على النحو الذى قدمناه ، من أموال التركة .
ويبدأ من هذه الأموال بما يقتضيه من حقوق لها فى ذمة مدينيها وبما تشتمل عليه التركة من نقود ، فهذه كلها مبالغ حاضرة يستطيع أن يوفى منها ديون التركة فوراً (١) .

فإذا لم تكف هذه المبالغ للوفاء بالديون ، شرع فى بيع أموال التركة الأخرى ، الأيسر فالأيسر . فيبدأ ببيع الأوراق المالية من أسهم وسندات إذا وجدت ويبيعها بسعر السوق فى يوم البيع فإن للأوراق المالية أسعاراً يومية معينة فى البورصة . فإذا كان ثمن الأوراق المالية لايزال غير كاف للوفاء بالديون ، فإنه يبيع منقولات التركة ، ثم يبيع عقاراتها ، وهذه وتلك بالقدر الكافى لوفاء الديون .

وتباع منقولات التركة (غير الأوراق المالية) وعقاراتها بالمزاد العلنى طبقاً للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات للبيوع الجبرية وفى المواعيد التى حددها هذا التقنين . ومع ذلك يجوز ، باتفاق جميع الورثة ، وباتفاق دائنى التركة (أوالموصى لهم) أيضاً إذا كانت التركة معسرة ، إدخال تعديل فى هذه الإجراءات أو فى هذه المواعيد . فتحذف مثلا بعض الإجراءات أوتضاف إجراءات أخرى ، أو يتفق على تقصير بعض المواعيد أو على إطالتها (٢) . فاذا بيع المنقول أو العقار بالمزاد العلنى ، جاز للورثة

---

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن يدخل فى هذه المبالغ أيضاً ريع أموال التركة ونماؤها ، فيوفى المصفى منها ديون التركةوالوصايا والتكاليف . وهذا يتفق مع رأى الكثيرين من الحنابلة ، فهم يجعلون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنمائها لتعلقها بأصل النماء (الوسيط ٤ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٢ هامش ١ – وقارن آنفاً ص٩٩ هامش١) .

(٢) مثل ذلك مانصت عليه المادة ٥٢٤ مرافعات من أنه « يجب ، قبل بيع مصوغات أو سبائك من الذهب أو الفضة أو من أى معدن نفيس آخر وبيع المجوهرات والأحجار الكريمة إذا زادت القيمة المقدرة لها على مائة وخمسين جنيهاً ، أن يحصل النشر فى الصحف ثلاث مرات فى أيام مختلفة قبل يوم البيع » . فيجوز الاتفاق على أن يكون النشر فى أكثر من ثلاث صحف أو أقل ، أوأن يكون النشر فى صحف معينة بالذات . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٦٥٣ مرافعات فى البيع الجبرى للعقار من أن « يعلن قلم الكتاب عن البيع قبل اليوم المحدد لإجرائه بمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً ولا تقل عن خمسة عشر . . . » . فيجوز الاتفاق على أن يكون الإعلان عن بيع العقار قبل اليوم المحدد لإجرائه بمدة تزيد على ثلاثين يوماً ، أو تقل عن خمسة عشر يوماً .

بالرغم من أنهم يعتبرون مالكين لأموال التركة ، وجاز من باب أولى لدائنى التركة وللموصى لهم ، أن يدخلوا فى المزاد . ويجوز أيضاً ، باتفاق جميع الورثة ، مع اتفاق دائنى التركة والموصى لهم فى حالة إعسار التركة ، أن يباع المنقول والعقار لافى المزاد العلنى بل بممارسة ، سواء كان البيع لأجنبي أو لوارث أولدائن أو لموصى له [1] .

٥٨ — تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة — نص قانونى : تنص المادة ٨٩٤ مدنى على ما يأتى :

« للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة ٥٤٤ » [2] .

= وانظر ماوقع فى هذا الشأن من استفسار فى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب آنفاً ص ١٥١ هامش ١ .

(١) ونفرض فى كل هذا أن الحق الذى لدائن التركة يمكن تنفيذه عيناً من أموال التركة نفسها ، كما هو الأمر لو كان حق الدائن هو مبلغ من النقود . أما إذا كان حق الدائن لا يمكن تنفيذه عيناً من أموال التركة ، كما لو كان المورث مديناً بعمل لدائنه ، فإن حق الدائن فى هذه الحالة لا يمكن تقاضيه مباشرة من أموال التركة . ومن ثم يجب تحويله إلى تعويض ، فيصبح مبلغاً من النقود يمكن التنفيذ به على أموال التركة (إسماعيل غانم ص ١٦١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يصرح فى الشطر الأخير من النص بأن المبلغ الذى يستحقه الدائن يراعى فيه « تعويضه عما يفوته من ربح بسبب الوفاء المعجل ، على ألا يجاوز هذا التعويض قيمة الفائدة عن ستة أشهر ما لم يكن هناك اتفاق سابق » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٦٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اكتفى بالإشارة إلى حكم المادة ٥٤٤ مدنى بدلا من ذكر مضمون هذا الحكم ، ولذلك حذف الشطر الأخير من النص ، وصار رقم النص ٨٩٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ويعرض هذا النص لديون التركة المؤجلة . فهذه لاتحل آجالها بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلابعد موته . ولا يجوز لدائن التركة ذى الدين المؤجل أن يطالب المصفى بالدين إلا عند حلول الأجل . وقد لايحل الأجل إلابعد وقت طويل . ويكون من مصلحة الورثة تعجيل الدين المؤجل ودفعه قبل حلول الأجل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فقد يكون من مصلحة الورثة جميعاً الحكم بحلول الديون المؤجلة ، فإذا انعقد إجماعهم على ذلك . طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن »[1] . وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن الذى عجل دينه يجرى بالتطبيق للمادة ٥٤٤ مدنى . وتنص على أنه « إذا اتفق على الفوائد . كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه . على أن يتم الرد فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولايجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أومقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه » .

ويخلص من هذا النص أن الدين المؤجل ، الذى اتفق فيه على فوائد ويراد التعجيل بالوفاء به ، يجب أن يكون قد انقضى من أجله ستة أشهر على الأقل ولوكان ذلك قبل موت المورث . فيعلن المصفى الدائن بعد انقضاء هذه المدة . بناء على طلب جميع الورثة ، بتعجيل الوفاء . وعند ذلك تقضى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية بحلول الدين المؤجل . وبوفاء الدين فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ إعلان الدائن بتعجيل الوفاء ، على أن تؤدى له الفوائد المستحقة عن ستة أشهر أخرى تالية لهذا الإعلان وعلى ذلك يتقاضى الدائن فوائد سنة على الأقل : ستة أشهر انقضت

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ – وفيما يتعلق بتركات الأجانب : يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة « بحلول الديون التى يجمع الورثة على حلولها، وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للقانون ، وذلك بناء على طلب المصفى أو أحد الورثة» (م ٩٥٠ ثالثاً مرافعات) .

قبل إعلانه بالتعجيل ، وستة أشهر أخرى تالية لإعلانه بالتعجيل [١] .

أما إذا كان الدين المؤجل لافوائد له ، فالتعجيل لايضر الدائن فى شىء بل يفيده ، فلايقدر له تعويض ، ولكن لايخصم منه شىء فى نظير التعجيل [٢] .

٥٩ - استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة - نص قانونى .

تنص المادة ٨٩٥ مدنى على مايأتى :

« ١ - إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث » .

« ٢ - وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة تأمين تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » .

« ٣ - وفى جميع الأحوال ، إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص » .

وتنص المادة ٨٩٦ مدنى على مايأتى :

« يجوز لكل وارث ، بعد توزيع الديون المؤجلة ، أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤ » . [٣]

---

(١) الوسيط ٥ فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ .

(٣) تاريخ النصوص :

م ٨٩٥ : ورد فى هذا النص فى المادة ١٣٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق فى مجموعه مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وعدل النص فى لجنة المراجعة بما جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٩٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٧) .

وتفترض هذه النصوص أن الورثة لم يجمعوا على تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ، وآثروا أو آثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل . عند ذلك تتولى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية توزيع ديون التركة المؤجلة[١] على الورثة وكذلك توزيع أموال التركة ، بحيث يكون لكل وارث حصة من الأموال وحصة من الديون إذا استنزلت الثانية من الأولى كان الباقى معادلا لصافى حصته فى الإرث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وهذه عملية حسابية دقيقة ، قد يستعين القاضى فيها بخبير . وتبقى مشكلة أخرى هى أن الديون المؤجلة بتوزيعها على الورثة قد تجزأ ضمانها ، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها ، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمنه إلا جزء من التركة هو الجزء الذى وقع فى نصيب هذا الوارث . وهذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها تترتب على تجزئة الدين . ولما كان المفروض أن التركة موسرة ، لأن التركة المعسرة يحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين ، فالمفروض تبعا لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث يفى بالدين الذى اختص به . ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه ، يجوز للقاضى أن يرتب له حق اختصاص

م ٨٩٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧ – ص ٢٥٩) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٦ – ٨٥٧ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٩٥ مصرى لا نظير لها فى المادة ٨٥٦ سورى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٩ – ٩٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أما الديون الحالة فإن المصفى يكون قد وفاها قبل توزيع أموال التركة وديونها المؤجلة على الورثة .

على عقارات التركة التي وقعت في نصيب الوارث ، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصدر به حكم . بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلي من ماله الخاص أو مطالبته بأية تسوية أخرى ، كتقديم كفيل عيني أو شخصي أو عقد تأمين لمصلحة الدائن . فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافي ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة ، وضمانه هو كل أموال التركة : ما وقع منها في نصيب الوارث وما وقع في نصيب الورثة الآخرين . مع مراعاة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق » (١) .

وهناك تعقيبان على ما تقدم : (١) تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ : « على أن تحتفظ (المحكمة) لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين » . فمن كان له من الدائنين منذ البداية تأمين خاص ، كرهن أو امتياز ، يبقى له هذا التأمين كما كان . ويحسن في هذه الحالة أن يكون الوارث الذي وقع في نصيبه العين المثقلة بهذا التأمين الخاص هو الذي يختص بالدين الذي لصاحب هذا التأمين . (٢) قد ترى المحكمة حاجة إلى إضافة ضمان تكميلي يقدمه الوارث من ماله الخاص أو الاتفاق على أية تسوية أخرى ، مع أن المفروض أن نصيب الوارث من أموال التركة يفي بنصيبه من ديون التركة . والسبب في ذلك أن الوارث قد يكون معظم ما وقع في نصيبه من أموال التركة منقولا ، بل قد لا يقع في نصيبه أي عقار . ففي هذه الحالة يجب عليه أن يقدم ضماناً تكميلياً من ماله الخاص ، كأن يقدم عقاراً يملكه ترتب عليه المحكمة حق اختصاص . وهذا لا يمنع من ترتيب تأمين على المنقولات التي وقعت في نصيب الوارث ، كأن تكون حلياً أو مجوهرات أو أوراقاً مالية يقدمها الوارث رهناً حيازيا للدائن (٢) . ويلاحظ أن عملية تأمين الديون المؤجلة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ – ص ٢٥٩ – وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في هذه المسألة أيضاً : « وهذه هي أدق نقطة في تصفية عالجها المشروع ، ووفق فيها بين مصلحة الدائنين في ألا يتجزأ ضمانهم ومصلحة الورثة في أن تتجزأ عليهم الديون ، وفي أن يكون كل مسئولا عن الديون الأخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٢) .

(٢) وقد أضيفت في لجنة مجلس الشيوخ ، في الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ ، عبارة « على عقار أو منقول » بعد عبارة « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً » –

بعد توزيعها على الورثة تقتضى أن كثيراً من عقارات التركة ترتب عليها المحكمة حقوق اختصاص لمصلحة الدائنين ، وقد كانت خالية من قبل من أى تكليف عينى . لذلك أضيفت فى لجنة المراجعة إلى المادة ٨٩٥ فقرة ثالثة تقول : « وفى جميع الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص ».

فإذا ما اختص كل وارث بنصيب من الديون المؤجلة على النحو السابق الذكر ، فقد يرغب أحد الورثة تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة التى وقعت فى نصيبه . وقد قدمنا أن الذى دعا إلى توزيع الديون المؤجلة على الورثة دون التعجيل بوفائها هو أن الورثة لم يجمعوا على هذا التعجيل ، فيجوز إذن أن يكون من بينهم من كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ومنعه من ذلك عدم انعقاد إجماع الورثة . فيستطيع هذا الوارث الذى كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة أن يقوم هو بتعجيل الوفاء بما وقع فى نصيبه من هذه الديون . ويطلب إلى المحكمة أن تقضى بحلول الدين المؤجل الذى وقع فى نصيبه ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن طبقاً لأحكام المادة ٨٩٤ التى سبق بيانها [1] .

٦٠ - وفاء الديون التى لم تظهر فى قائمة الجرد - نص قانونى :

تنص المادة ٨٩٧ مدنى على ما يأتى :

« دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة ، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم » [2] .

= الواردة فى صدر الفقرة ، لأنه إذا كان من المرغوب فيه بيع المنقولات للوفاء بالديون ، ولكن « إذا أمكن ترتيب تأمين عليها ، كان ذلك أصلح للورثة والدائنين على السواء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١) .

وبعرض هذا النص لدائنى التركة الذين ليس لهم تأمين خاص على أموال التركة ، ولم يعلموا بالتكليف الذى وجهه المصفى للدائنين ، بل قد يكونون لم يعلموا بموت المدين . فلم تظهر الديون التى لهم على التركة فى قائمة الجرد ، ولم يستطيعوا المنازعة فى القائمة لجهلهم بها . فهؤلاء يبقون فى الغالب مجهولين حتى تتم التصفية ، ويستولى كل وارث على نصيبه على اعتبار أنه خالص من الديون . لاشك فى أن هؤلاء الدائنين تبقى حقوقهم قائمة ماداموا لم يستوفوها ، ويستطيعون الرجوع بها على أموال التركة ما بقيت هذه الأموال فى أيدى الورثة ، إذ لاتركة إلا بعد سداد الديون . فإذا رجع أحد منهم على عين للتركة فى يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذا العين ، رجع الوارث على الورثة الباقين كل بقدر حصته فى الدين .

لكن إذا تصرف الوارث فى عين للتركة ، أو رتب عليها حقاً عينياً كرهن لأجنبى حسن النية لايعلم إن هناك دائنين للتركة لم يستوفوا حقوقهم ، لم يستطع هؤلاء الدائنون أن يتتبعوا العين أويتقدموا على الأجنبى ، حتى لولم يشهر حق الإرث أو شهر ولم تنقض سنة من وقت شهره واستطاع الدائنون أن يؤشروا بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث قبل انقضاء هذه السنة . ذلك لأن التصفية الجماعية تقطع السبيل على دائنى التركة الذين لم يتقدموا فى التصفية ، وإذا كانت التصفية لاتحمى الورثة من هؤلاء الدائنين مادامت أعيان التركة باقية فى أيديهم ، فإنها تحمى الغير . ومن يتعامل مع الوارث بحسن نية بعد انتهاء التصفية من حقه أن يطمئن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من الديون ، فلا يجوز لدائن لم يظهر فى التصفية أن يتتبع عيناً للتركة تحت يده أو أن يتقدم عليه فيها . وإنما يجوز لهذا الدائن أن يرجع على الوارث

– ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

الذى تصرف فى هذه العين أو رتب عليها حقاً عينياً ، وذلك – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – «فى حدود ما عسى أن يكون قد أخذه مقابلا لمال التركة ، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان مقايضة والعوض إذا كان هبة »[١] والرجوع هنا يكون بسبب إثراء الوارث على حساب الدائن . وهذا كله دون إخلال برجوع الدائن على الوارث الذى تصرف فى العين عن طريق غير طريق الإثراء هذا ، وذلك بأن يرجع الدائن على أعيان التركة التى لا تزال باقية فى يد هذا الوارث كما سبق القول .

٦١ – تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف – نص قانونى :

تنص المادة ٨٩٨ مدنى على ما يأتى :

«يتولى المصفى ، بعد تسوية ديون التركة ، تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف»[٢] .

ويعرض هذا النص لما يبقى بعد سداد الديون من التكاليف على التركة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بعد سداد ديون التركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومن التكاليف ما عسى أن يكون على التركة من ضريبة لخزينة الدولة »[٣] . وضريبة التركات تستوفى من التركة بعد سداد ديونها ، إذ هى تفرض على صافى أموال التركة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦١ – ص ٢٦٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٢ .

والوصية تنفذ فى حدود ثلث أموال التركة بعد سداد ديونها ايضاً إذ أن ديون التركة تتقدم على الوصايا ، وما جاوز حدود الثلث لاينفذ إلا باجازة الورثة ، وسنبحث الوصية فيما يلى .

فالمصفى إذن ، بعد أن يوفى ديون التركة وهى مقدمة على الوصايا والتكاليف الأخرى ، ينفذ التكاليف التى على التركة ، وينفذ الوصايا إن وجدت فى الحدود المتقدمة الذكر(١) .

§ ٤ — المرحلة الرابعة — تسليم أموال التركة للورثة خالية من الديون وقسمة هذه الأموال

٦٢ — **المراحل التى تتضمنها هذه المرحلة** : بعد أن يسدد المصفى الديون والوصايا والتكاليف ، يكون ما بقى من أموال التركة ملكاً خالصاً للورثة ، إذ يكون قد تحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون تحققاً عملياً . فعلى المصفى أن يسلم للورثة ما بقى من أموال التركة ، كل بحسب نصيبه فى الإرث . ولكن هذه الأموال تكون شائعة بين الورثة ، ومن ثم يجوز لأى وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه مفرزاً ، فيتعين على المصفى عندئذ أن يقوم بالقسمة . وتسرى على القسمة القواعد المقررة لها ، إلا أن هناك أشياء ثلاثة تنفرد بأحكام خاصة : (١) الأوراق العائلية والأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث . (٢) المستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى الذى عسى أن يوجد فى التركة . (٣) الديون التى للتركة على الغير . وقد يقوم المورث نفسه حال حياته بقسمة تركته على ورثته عن طريق الوصية ، وهذا ما يسمى بقسمة المورث . ولما كانت هذه القسمة تتناول أموال التركة والورثة والديون التى على التركة ، وهذه كلها لاتتحدد نهائياً إلا عند موت المورث ، فيجب وضع قواعد خاصة للحالات

---

(١) وإذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة أخرت عن ديون التركة فتتقدم هذه عليها ، وقدمت على أنصبة الورثة فيتقدم الموصى له على الورثة فى حدود ثلث التركة ، ويتقاضى نصيبه أولا والباقى من التركة يقسم على الورثة بحسب أنصبتهم فى الميراث (قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢٤) . وإذا كانت الوصية بعين معينة أوحصة شائعة فى عين معينة ، واضطر المصفى أن يفى الدين كله أو بعضه من هذه العين ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفاء الديون (م ٣٩ من قانون الوصية) .

التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة.

فالمسائل التي يجب بحثها في هذه المرحلة الرابعة هي إذن : (١) تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصفيتها للورثة (م ٨٩٩ – ٩٠١) . (٢) قسمة المصفي للتركة (م ٩٠٢ – ٩٠٤) – (٣) أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها (م ٩٠٥ – ٩٠٧) . (٤) قسمة المورث (م ٩٠٨ – ٩٠٩ و م ٩١٢) . (٥) الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة (م ٩١٠ – ٩١١ و م ٩١٣) .

٦٣ – تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصفيتها للورثة – نصوص قانونية :

تنص المادة ٨٩٩ مدني على ما يأتي :

« بعد تنفيذ التزامات التركة ، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة ، كل بحسب نصيبه الشرعي » .

وتنص المادة ٩٠٠ مدني على ما يأتي :

« ١ – يسلم المصفي إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة » .

« ٢ – ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » .

وتنص المادة ٩٠١ مدني على ما يأتي :

« تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاماً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلام ، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة »[١] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٩٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٣ ص ٢٦٤) .

م ٩٠٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧١ في المشروع النهائي =

وتعرض هذه النصوص لتسليم المصفى للورثة ما بقى من أموال التركة بعد تصفيتها ، أى بعد سداد ديونها وتنفيذ التكاليف والوصايا . ذلك أن التركة بعد هذه التصفية تصبح ملكاً خالصاً للورثة كما قدمنا ، فيسلمها المصفى لهم ، كل بحسب نصيبه فى الإرث . وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث ، لا من وقت التسليم فحسب . ولكنهم لايستطيعون التصرف فيها إلا من وقت أن يتسلموا من المحكمة التى تنظر فى شؤون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة ، وهم فى ذلك كالورثة فى التركة التى لم تخضع للتصفية الجماعية لايستطيعون التصرف فى أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث .

والمحكمة تسلم لكل وارث . بعد تصفية التركة وعند تسلم الورثة ما بقى من أعيان التركة : سند ملكيته للأموال الموروثة المشار إليه فيما تقدم . وهذا السند هو شهادة الإرث ، يحصل عليها الوارث من المحكمة بعد أن يقدم لها إعلاماً شرعياً بالوراثة(١) ، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام كحكم صادر من

= ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٤ – ص ٢٦٥) .

م ٩٠١ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٦ – ص ٢٦٧) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٠ – ٨٦٢ (موفق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٣ – ٩٠٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة إن هى اعتدت فى قضائها بثبوت الوراثة على إشهاد شرعى لم ينازع فيه أحد (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٦) . وانظر فى حجية الإعلام الشرعى لإثبات الوراثة مالم ينقضه حكم : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٢٠ – =

المحكمة المختصة باستحقاقه فى الإرث إذا ما أنكر عليه باقى الورثة حقه كوارث فاستصدر هذا الحكم فى مواجهتهم[1] . وهذه الشهادة التى يتسلمها من المحكمة ورقة رسمية تقرر حقه فى الإرث ، وتبين مقدار نصيبه فى التركة ، وتعين أموال التركة التى آلت إليه بعد التصفية[2] . ويستطيع الوارث

---

٢٢ فبراير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٢ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨م. ١٠ ص ١٦٣ (لا حجية للإعلام الشرعى إذا ناقضه إقرار من يشهد لصالحه) - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨١ (لا حجية للإعلام الشرعى الصادر من محكمة شرعية أجنبية ولم تراجعه سلطة مصرية مختصة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٢٤ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٤٨ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣١ (حجية الإعلام الشرعى ما لم ينقضه دليل مخالف) - ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩١ - ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨م ٥٠ ص ٣٦٢ (رفض تحرير الإعلام الشرعى إذا نازع أحد الورثة ويجب فى هذه الحالة رفع دعوى الإرث) .

وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الإعلام الشرعى بتحقيق الوفاة والوراثة الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة (نقض مدنى ١٩ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٠٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المحكمة الشرعية القاضى بمنع التعرض فى بعض التركة ، إذا كان مؤسساً على ما قضى به من ثبوت الإرث المبنى على النسب ، يعتبر حكماً موضوعياً بالوراثة (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١٤) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن المشرع أراد أن يضفى على شهادة الوفاة والوراثة حجية مالم يصدر حكم على خلافها ، ومن ثم جاز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه ، سواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أم فى صورة دفع (نقض مدنى سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥٨ ص ٣٤٠) - وانظر نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ص ٦١٩ - ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٣ - ٢٩ يونية سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠٦ ص ١٤٨٠ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٠ مرافعات على أن « يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة ... (رابعاً) بتسليم كل وارث شهادة تقرر حقه فى الإرث ، وتعيين مقدار نصيبه فيه ، وتعيين ما آل إليه من أموال التركة ، وذلك بناء على طلب الوارث وبعد أخذ رأى المصفى كتابة . (خامساً) بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصفى عن الأعمال التى قام بها أو من استعان بهم من أهل الخبرة » . هذا ويجوز لقاضى الأمور الوقتية « عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ، ويأمر بإعلان ذوى الشأن لجلسة يحددها فى ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة فى الطلب منعقدة بهيئة غرفة مشورة » .

أن يشهر حقه فى الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة ، إذ هى تتضمن كل البيانات اللازمة .

وليس من الضرورى أن ينتظر الوارث نهاية التصفية قبل أن يتسلم بعضاً مما يؤول إليه من أموال التركة . فقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ مدنى تنص على ما يأتى : « ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر لمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » . فمن المحتمل ، بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد ، وهو ثلاثون يوماً من يوم إخطار آخر وارث بإيداع القائمة قلم كتاب المحكمة ، أن يتبين ، من الرجوع إلى القائمة وما يقدم فيها من منازعات ، أن التركة ظاهرة اليسار وأن المصفى ليس فى حاجة للاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها . فى هذه الحالة يجوز للوارث أن يطالب المصفى بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه فى الأشياء والنقود التى لا يحتاج لها المصفى فى تصفية التركة ، فيسلمه المصفى ما طلبه على أن يخصم من نصيبه النهائى فى الميراث . ويطالب المصفى الوارث بكفالة أو لا يطالبه بها بحسب مقدار يسار التركة ، فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة إذ لا يتضمن تسلم الوارث لشىء من أموال التركة أى خطر ، وإن كان اليسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين فى النهاية أن المال الذى تسلمه الوارث لازم لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال . وما تسلمه الوارث من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه ، دون انتظار لنهاية التصفية وتسلم شهادة الإرث[1] .

٦٤ – قسمة المصفى للتركة – نصوص قانونية : تنص المادة ٩٠٢ مدنى على ما يأتى :

« لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزاً ، إلا إذا كان هذا الوارث ملزماً بالبقاء فى الشيوع بناء على اتفاق أو نص فى القانون » .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٦ .

وتنص المادة ٩٠٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا كان طلب القسمة واجب القبول ، تولى المصفى إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع » .

« ٢ – فاذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك ، فعلى المصفى أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقاً لأحكام القانون ، وتستنزل نفقات الدعوى من أنصباء المتقاسمين » .

وتنص المادة ٩٠٤ مدنى على ما يأتى :

« تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة فى القسمة ، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم ، وتسرى عليها أيضاً الأحكام الآتية »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٠٢ : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وكان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك فللقاضى الجزئى أن يأمر ، بناء على طلب ذى شأن ، بوقف تقسيم التركة أو بعض أعيانها ، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدى إلى نقص محسوس فى قيمة المال » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٣ فى المشروع النهائى ، بعد حذف الفقرة الثانية وذلك نتيجة لحذف نص يماثلها كان قد ورد فى القسمة (م ١٢٠٢/٢ من المشروع التمهيدى وقد حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الموافقة على حكمها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٢) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٧ – ص ٢٦٨).

م ٩٠٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ – ص ٢٧٠) .

م ٩٠٤ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٠ – ص ٢٧١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى ٨٦٣ – ٨٦٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٦ – ٩٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

وتعرض هذه النصوص لحالة ما إذا طلب أحد الورثة (١) من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزا . فان أموال التركة بعد تصفيتها تكون شائعة بين الورثة . ولما كان لا يجبر أحد على البقاء فى الشيوع إلا باتفاق كما هو الأمر فى ملكية الأسرة أوبنص فى القانون كما هو الأمر فى الشيوع الإجبارى . فان الوارث الذى يطلب تسلم حصته مفرزة ، إذا لم يوجد اتفاق أو نص يمنعه من التقدم بهذا الطلب ، لا بد أن يجاب إلى طلبه . ويتعين على المصفى فى هذه الحالة أن يجرى قسمة أموال التركة ، حتى يفرز نصيب الوارث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزاً . تولى المصفى تجنيب حصته مفرزة بالاتفاق مع الورثة. فان لم يتفقوا جميعاً ، رفع دعوى القسمة وتكون نفقاتها على الورثة ، ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعوى القسمة ، ويترتب عليها نفس الأحكام»(٢) .
ويترتب على القسمة بوجه خاص ضمان التعرض والاستحقاق ، ونقض القسمة للغبن ، وامتياز المتقاسم ، وقد سبق بيان ما يتعلق بالتعرض والاستحقاق وبالغبن . وسيأتى بيان امتياز المتقاسم عند الكلام فى التأمينات العينية .

٦٥ ـ أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها ـ الأوراق العائلية وما إليها والمنقل الزراعى أو الصناعى أو التجارى والديون التى للتركة ـ نصوص قانونية : وقد أفرد القانون بعض أموال التركة عند قسمتها بأحكام خاصة .

فنصت المادة ٩٠٥ مدنى على ما يأتى : « إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أوباعطائها لأحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استنزال ، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف

---

(١) أو الموصى لهم بسهم شائع فى التركة ، فانه يعتبر شريكاً فى الشيوع مع الورثة .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ .

وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية »[١] .

فالأوراق العائلية والأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، كمذكراته وشهاداته وأوسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وأصول المؤلفات والمكتب الذى كان يقعد إليه والقلم الذى كان يكتب به وما إلى ذلك ، إذا اتفق الورثة على أمر فى شأنها ، نفذ هذا الاتفاق . أما إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها ، تولت المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية البت فى شأنها ، مستلهمة فى ذلك العرف وظروف الأسرة والظروف الشخصية للورثة . فقد تأمر ببيعها وتوزيع ثمنها على الورثة ، وقد تعطيها لوارث معين هو أليق الورثة باقتنائها بعد استنزال قيمتها من نصيبه فى الإرث ، أو دون استنزال إذا تمحضت قيمتها فى عنصرها المعنوى .

ونصت المادة ٩٠٦ مدنى على ما يأتى : « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به ، وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة . فاذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لاتقل عن ثمن المثل »[٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٢ – ص ٢٧٣) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان من أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى ، وجب تسليم هذا المستغل باعتباره وحدة اقتصادية قائمة بذاتها لمن يطلبه من الورثة ، إذا كان أقدرهم على –

فالمستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى الذى يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها . كبستان غرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور وكمصنع وكمحل تجارى ، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية ، فلا يصح تقسيمه وإلاكان فى ذلك انتقاص كبير من قيمته . فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على استغلاله . ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد . ويستنزل هذا الثمن من نصيب الوارث الذى أعطى له المستغل ، فاذا لم يف نصيبه بثمن المستغل ألزم بدفع الفرق . فاذا تساوى وارثان أو أكثر فى القدرة على الاستغلال . أعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لاتقل عن ثمن المثل . وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال . بيع المستغل لأجنبى طبقاً لقواعد المقررة فى القسمة . ووزع ثمنه على الورثة . وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أوكان هو معظم التركة . ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله ورضى بدفع ثمنه . أعطى له . ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنسبة نصيبه فى الإرث .

=الاضطلاع به ، على أن يراعى فى تقدير الثمن ما ينتجه هذا المستغل ، وأن يستنزل هذا الثمن من نصيب الوارث فى التركة » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٧ فى المشروع النهائى ؛ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ رؤى أن يكون تقويم المستغل لا باعتبار قيمة إيراده وإنما بحسب قيمته « لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل » ولذلك استبدلت عبارة « يقوم بحسب قيمته » بعبارة « يقدر باعتبار قيمة إيراده » . وأضيف إلى الشق الأخير من النص عبارة « فاذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل » . وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٩٠٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٣ – ص ٢٧٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ونصت المادة ٩٠٧ مدنى على ما يأتى : « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فان باقى الورثة لايضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »[١] .

ويلاحظ فى صدد هذا النص أنه يعرض للديون التى للتركة ، أى للحقوق الشخصية (créances) التى يكون فيها المورث دائناً لأجنبى . وهذه الحقوق الشخصية لاتدخل فى الشيوع مع أموال التركة الشائعة ، بل هى تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة ، كل بنسبة حصته فى الميراث[٢] . فاذا وضع كل الحق الشخصى عند القسمة فى نصيب أحد الورثة ، فانما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم . أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق ، فانه بموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته . ويجب أن يحول باقى الورثة حصصهم للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق[٣] . ولكن هؤلاء الورثة لايضمنون للوارث الذى اختص بالحق وحده إعسار المدين بعد القسمة إلا إذا وجد اتفاق يقضى بذلك ، كما تقول المادة ٩٠٧ مدنى سالفة الذكر . فهم إذن يضمنون للوارث ، دون اتفاق ، إعسار المدين عند القسمة . وفى هذا تشديد للضمان الذى تقرره

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ – ص ٢٧٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة ، وإن كان أصلا للمورث ، إلا أنه مادام بطبيعته قابلا للانقسام ، فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٠١ ص ١٢٧٨) .

(٣) أنظر ما قدمناه فى هذه المسألة عند الكلام فى القسمة : الوسيط ٨ فقرة ٥٧٩ .

القواعد العامة ، إذ تنص المادة ١/٣٠٩ مدنى على أنه « لا يضمن المحيل يسار المدين ، إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » . فالمحيل لا يضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ، ولا يضمن يسار المدين فى هذا الوقت إلا باتفاق خاص . أما هنا فى قسمة التركة ، حيث تقتضى القسمة مراعاة المساواة ما بين المتقاسمين ، فالورثة يضمنون يسار المدين عند القسمة دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك . أما إذا أريد ضمان يسار المدين عند حلول الدين ، فهذا الذى يقتضى اتفاقاً خاصاً كما تقضى بذلك المادة ٩٠٧ مدنى التى تقدم ذكرها .

٦٦ – *قسمة المورث – نصوص قانونية* : تنص المادة ٩٠٨ مدنى على ما يأتى :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فان زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية » .

وتنص المادة ٩٠٩ مدنى على ما يأتى :

« القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً ، وتصبح لازمة بعد وفاة الموصى » .

وتنص المادة ٩١٢ مدنى على ما يأتى .

« تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، عدا أحكام الغبن » [1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٠٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته بوصية مكتوبة فى ورقة رسمية ، على أن يراعى فى ذلك القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وبتحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٩ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتى : « يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته ، على أن يراعى فى ذلك أحكام الوصية والقواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وبتحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية » ، وسبب التعديل العمل على تنسيق النص مع نص المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ وضع نص جديد هو نفس النص الوارد فى قانون الوصية للتنسيق بين القانون المدنى وقانون الوصية ، =

وتعرض هذه النصوص لقسمة المورث ، وهى القسمة التى يجريها المورث فى تركته بين ورثته حال حياته ، وتكون فى صورة وصية يجوز الرجوع فيها . ولو لم يجز الرجوع فيها لكانت تعاملا فى تركة مستقبلة وكانت باطلة ، فجعلت وصية يجوز الرجوع فيها لأن الوصية مستثناة من حكم بطلان التعامل فى التركة المستقبلة . والمادة ٩٠٨ مدنى سالفة الذكر تقرر المبدأ العام فى هذه المسألة ، وهى منقولة من المادة ١٣ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التى تجرى على الوجه الآتى : « تصح الوصية بقسمة

= فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٩٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٧ – ص ٢٧٩) .

م ٩٠٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولكن لا يتم الرجوع إلا إذا كان فى ورقة رسمية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٠ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وذلك للتنسيق بينه وبين المادة ١٣ من قانون الوصية ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٩ – ص ٢٨٠) .

م ٩١٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمان التعرض والاستحقاق وما يتعلق منها بالغبن وبامتياز المتقاسم . ٢ – وعلى الوارث الذى يطعن فى القسمة بالغبن أن يرفع دعواه فى السنة التالية لتسليم أموال التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، عدا أحكام الغبن » ، وقد استبعدت أحكام الغبن دفعاً للتدخل بين أحكام الوصية وأحكام الغبن . وحذفت الفقرة الثانية تمشياً مع استبعاد أحكام الغبن . فصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمة ٩١٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٣ – ص ٢٨٥) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٩ – ٨٧٠ وم ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١٢ – ٩١٣ وم ٩١٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

أعيان التركة على ورثة الموصى . بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاة الموصى . فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة ، كانت الزيادة وصية » . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى صدد هذا النص : « مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التى يراها . فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه فى التركة . وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له . ووصيته بذلك صحيحة نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) . وبناء على ما جاء بالمادة ٣٨ من جواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على إجازة الورثة . يجوز للمورث أن يزيد فى بعض الأنصباء ما يراه بحيث لايتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة . فان كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد ، قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزيدة بنسبة مازاده لكل منهم ، ورد الباقى إلى التركة » .

وليس من الضرورى أن يقسم المورث تركته على جميع ورثته . بل يصح أن يفرز نصيب بعض الورثة دون غيرهم . ويكون باقى التركة للباقى من الورثة شائعاً بينهم . ومن أفرز المورث نصيبه فى التركة لايجوز أن يزيد قيمة نصيبه على استحقاقه فى الإرث إلا بقدر ثلث التركة . إذ تعتبر هذه الزيادة وصية .

وقسمة المورث هى وصية من ناحية . وقسمة من ناحية أخرى . فمن حيث إنها وصية . يجوز للمورث الرجوع فيها دائماً حال حياته . ولاتصبح لازمة إلا بوفاته (م ٩٠٩ مدنى سالفة الذكر) . ومن حيث إنها قسمة . تسرى عليها أحكام القسمة . وبخاصة أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وأحكام امتياز المتقاسم . ويستثنى من ذلك أحكام الغبن فهى لاتسرى على قسمة المورث . وقد قدمنا أنه يجوز للمورث أن يعطى أحد الورثة أكثر من استحقاقه وتكون الزيادة وصية . فالزيادة إذن لا تكون غبناً بل تعتبر وصية وتنفذ دون إجازة الورثة ما دامت فى حدود ثلث التركة . وعلى ذلك وجب استبعاد أحكام الغبن[١] .

---

(١) أنظر ما تم فى لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الشأن آنفاً ص ١٨٧ هامش ١

٦٧ – الحالات التى لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة – نصوص قانونية : ولما كان المورث يقسم تركته بين ورثته حال حياته ، وكانت أموال التركة والورثة وديون التركة لا تمكن معرفتها على وجه التحقيق إلا عند وفاة المورث ، لذلك كان من الجائز ألا تتناول القسمة كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة .

ففيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل أموال التركة ، تنص المادة ٩١٠ مدنى على ما يأتى : « إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته ، فان الأموال التى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث »[1] . وهذا النص يسرى فيما إذا استجد للمورث مال بعد القسمة التى أجراها بين ورثته ، ولم يتمكن من إدخال هذا المال الجديد فى القسمة قبل موته ، أو لم يرد ذلك . فتبقى القسمة التى أجراها فى الأموال التى أجريت فيها على ما هى عليه ، أما المال الذى استجد فيؤول إلى الورثة ضمن تركته ، ولكنه يكون شائعاً بينهم لأنه لم يدخل فى القسمة ، ويوزع بينهم طبقاً لقواعد الميراث[2] . وقد يقع العكس ويتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت فى القسمة ، فتختل بذلك القسمة التى أجراها بين

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٠ – ص ٢٨١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدنى ا[illegible] م ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى ا[illegible] لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) ويلاحظ هنا أنه فى حساب المقدار الجائز الإيصاء به لبعض الورثة فى القسمة التى أجراها المورث ، يضاف المال الذى استجد إلى المال الذى أجريت فيه القسمة ، فيكون المقدار الجائز الإيصاء به هو ثلث هذا المجموع .

الورثة . ولما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية . فان تصرف المورث في بعض الأموال التي أدخلها في القسمة يعتبر عدولا منه عن الوصية . فتسقط القسمة . وتكون الأموال التي يتركها المورث لورثته عند وفاته دون أن يتصرف فيها تركة شائعة بين الورثة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة . فان القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة » . (١)

وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل الورثة . تنص المادة ٩١١ مدني على ما يأتي : « إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا القسمة . فان الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقي الورثة طبقاً لقواعد الميراث » . (٢) وهذا النص يسري فيما إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة الذين دخلوا القسمة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يجعل النص فقرة ثانية تسبقها فقرة أولى تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يدخل في القسمة جميع من يوجد من الورثة وقت وفاة المورث ، كانت القسمة كلها باطلة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٤ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى ليتسق النص مع المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية التي تمكن المورث من إفراز نصيب بعض الورثة إذا رأى الاقتصار على ذلك . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٢ – ص ٢٨٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

« وإذا نقصوا (الورثة الذين دخلوا القسمة) بأن مات أحدهم قبل وفاة المورث ، ولم تتغير أنصباء الباقى بعد هذا الموت. فان الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم فى الميراث. وإن حجب أحد منهم بوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب . بطلت القسمة »[1] . وهناك فرض ثان ، هو أن يزيد الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية بالقسمة ، سواء دخل كل الورثة الموجودين وقت الوصية القسمة أو دخل بعضهم فقط . وفى هذا الفرض تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وفيما يتعلق بالورثة ، إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فان القسمة تصبح باطلة »[2] ، وذلك لأن أنصباء الورثة تكون قد تغيرت وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة بسبب من استجد من الورثة . بقى الفرض الأخير . وهو أن يدخل بعض الورثة دون بعض فى القسمة ، ويبقى الورثة وقت الموت كما كانوا وقت الوصية بالقسمة . وفى هذا الفرض تبقى قسمة المورث صحيحة ، إذ يكون المورث قد أفرز نصيب بعض الورثة دون بعض . ولم تتغير أنصباء الورثة وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة . وهذا جائز طبقاً لصريح نص المادة ٩٠٨ مدنى والمادة ١٣ من قانون الوصية .

وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل ديون التركة ، تنص المادة ٩١٣ مدنى على ما يأتى : « إذا لم تشمل القسمة ديون التركة ، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على القسمة . جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين ، أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقاً للمادة ٨٩٥ . على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها »[3] . ويلاحظ فى هذا الصدد أن قسمة المورث للديون التى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقول « جاز عند عدم اتفاق الورثة على تسوية الديون » . وفى لجنة المراجعة استبدل بهذه العبارة عبارة « جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين » . وصار النص رقمه ٩٨٤ فى المشروع النهائى -

على التركة بين الورثة يجب . حتى تكون نافذة فى حق دائنى التركة ، أن يوافقوا عليها . فاذا لم يوافق الدائنون على القسمة ، أو لم تشمل القسمة ديون التركة . فان التركة تبقى مثقلة بهذه الديون . فإذا استطاع الورثة أن يتفقوا مع الدائنين على تسوية هذه الديون ، نفذ ما اتفقوا عليه جميعاً فى هذا الشأن . وإذا لم يستطع الورثة الاتفاق مع الدائنين ، فان قسمة المورث تكون غير كاملة إذ لم تندرج فيها الديون . ويجوز عندئذ لأى وارث أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية أن تتولى قسمة التركة من جديد طبقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدنى التى سبق ذكرها . فتوزع المحكمة الديون المؤجلة وأموال التركة « بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث (م ٨٩٥ مدنى) » ، وترتب المحكمة التأمينات الكافية على أموال التركة لضمان حقوق دائنى التركة طبقاً لأحكام الفقرتين الأخيرتين من المادة ٨٩٥ مدنى . وتلتزم المحكمة فى كل ذلك ، بقدر الإمكان ، القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التى بنيت عليها هذه القسمة ، فلا تنحرف عنها إلا لضرورة . حتى تحترم بذلك وصية المورث بقدر المستطاع .

المبحث الثالث

شهر حق الإرث

٦٨ – خضوع حق الارث للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقارى : لم يستقص قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ استقصاء تاماً المحررات

= ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٢ ، فمجلس الشيوخ رقم ٩١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ – ص ٢٨٨) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٧٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٩ .

التي يجب شهرها . فقد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، وترك الوقائع والتصرفات التي تنقل الملك بسبب الموت وهى الإرث والوصية . وقد كان عدم شهرهما ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق . فبقى ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل . فالوصية تصرف قانونى . ولكنها ليست بعقد من جهة وهى من جهة أخرى تنقل الملك بسبب الموت لا فيما بين الأحياء، ومن ثم لم تكن خاضعة للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ . وكذلك حق الإرث لم يكن خاضعاً للتسجيل طبقاً لهذا القانون ، فالإرث ينقل الملك بسبب الموت لا فيما بين الأحياء ، وهو ليس بعقد ، بل هو ليس بتصرف قانونى إذ هو واقعة مادية . وقد كان ذلك سبباً فى قصور دفاتر الشهر عن أن تكشف عن تسلسل الملكية العقارية ، فكثيراً ما تنتقل هذه الملكية بالإرث أو بالوصية فتنقطع حلقات السلسلة عند ذلك . لهذا لم يكن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ أساساً صالحاً للتمهيد لنظام السجل العينى مع وجود هذه الثغرات فيه . وقد سد هذه الثغرات قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، ولا يزال معمولا به حتى الآن . فقد استقصى هذا القانون جميع التصرفات الواجب شهرها ، منشئة كانت أو كاشفة . فدخل فيما يجب شهره جميع التصرفات ، سواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية ، وكانت الوصية لا تخضع للتسجيل من قبل كما سبق القول . وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهى واقعة الإرث، فأخضعتها للشهر لما فى شهرها من أهمية بالغة ، إذ هى من أكثر الأسباب شيوعاً فى نقل الملكية [1] .

---

(1) الوسيط ٤ فقرة ٢٦١ ص ٤٥٩ وفقرة ٢٦٣ ص ٤٦٤ - وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد : « ولعل نص هذه المادة والمادة التى تليها أهم ما أتى به المشروع المرافق من أحكام جديدة فى صدد المحررات الواجب شهرها . ولم يكن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحررات المشار إليها فى هاتين المادتين ، تمهيداً وتيسيراً لوضع نظام السجلات العينية ، إذ لوحظ فى شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها للشهر فى الماضى كان سبباً من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية فى البلاد » .

فحق الإرث إذن لا يخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقارى ، منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وعلى ذلك فحقوق الإرث التى نشأت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، بموت المورث قبل قبل هذا التاريخ ، لا تخضع للشهر وتنتقل فيها الملكية للورثة ، ويستطيع هؤلاء أن يتصرفوا فى العقارات التى ورثوها وتشهر تصرفاتهم دون حاجة إلى شهر حق الإرث . على أن قانون تنظيم الشهر العقارى نص فى المادة ٥٣ منه على أن « تطبق المواد ٤٨ وما يليها على حقوق الإرث التى تنشأ ابتداء من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون . أما حقوق الإرث السابقة على هذا التاريخ ، فلا تطبق فى شأنها المواد المذكورة إلا اختياراً »[1] . فالقانون إذن أباح لمن تلقى حق الملكية بطريق الميراث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ أن يقوم بشهر حق الإرث إذا أراد ذلك . فالشهر ليس إجبارياً بالنسبة إليه وإن كانت له مصلحة عملية كبيرة فى القيام به[2] .

---

(١) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق صراحة على كل ذلك فى الفقرة الأولى من المادة ١١ منه إذ تقول : « يجب شهر حق الإرث إذا كانت الوفاة لاحقة على ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ ، بتسجيل إشهادات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن نصيب كل وارث إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية . وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من وارث فى حق من هذه الحقوق . وإذا كانت الوفاة سابقة على أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فيكون شهر حق الإرث اختيارياً » .

(٢) ويقول الدكتور محمود شوقى توضيحاً لذلك : « لا شك أن للورثة مصلحة كبيرة فى الالتجاء إلى شهر حق الإرث المتعلق بهم ، سواء أكانت التركة قد آلت إليهم قبل أم بعد تنفيذ قانون الشهر العقارى . وذلك لأن شهر هذا الحق يقتضى من جانب مكاتب الشهر ومأمورياتها فحص أساس الملكية من الناحيتين القانونية والهندسية ، وتسليم ذوى الشأن عقب إجراء الشهر مستندات كفيلة ببيان حقيقة حقوقهم وصحة حدود ومسطحات العقارات التى آلت إليهم ، مما ييسر عليهم الوقوف على بيان المقادير المضبوطة لهذه العقارات وإجراء أى تصرف لاحق دون حاجة إلى فحص جديد . ويزيد من أهمية هذا الإجراء أن مأموريات الشهر العقارى وأقلامها الهندسية تقوم بضبط ملكية العقارات وحقيقة مسطحها وبيان موقعها على الطبيعة وفى الخرائط وتحديدها تحديداً لا يقبل الشك بوضع حدائد عليها عند الاقتضاء ، مما يجعل الورثة على بينة من كافة عقارات التركة ويغنيهم عن القيام بهذه البحوث على حسابهم الخاص ، فيحقق لهم بذلك —

٦٩ – كيف يتم شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى :

تنص المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى على ماياتى : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هذا التسجيل لايجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق . ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة [1] » .

ويتبين من هذا النص أن انتقال ملكية أموال التركة إلى الورثة لايتوقف على شهر حق الإرث كما يتوقف انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشترى على

= توفير كثير من الجهد والمال ، بينما يتحقق غرض المشرع فى ضبط جميع تطورات الملكية توطئة لتنفيذ نظام السجل العينى . وتظهر قيمة إجراء شهر حق الإرث إذا ما علمنا أن المورث قلما يطلع الورثة على حقيقة أملاكه العقارية أويشركهم فى أعماله ليعلموا مدى حقوقهم ومقاديرها الصحيحة . فاذا ما التجأ الورثة إلى إجراء شهر حق الإرث ، وجدوا فى الهيئة القائمة على أمر الشهر خير عون لهم على ضبط حقيقة ملكيتهم العقارية » (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملاً ص ٤٠٢ – ص ٤٠٣) .

وإذا ثبت حق الإرث لوارث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وقام اختياراً بشهر هذا الحق ، فانه يصعب القول بأن دائن التركة ، حتى يحتفظ بحق التتبع وحق التقدم ، يتعينُ عليه أن يؤشر بحقه على هامش تسجيل حق الإرث . فدائن التركة التى فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ كان له حق التتبع وحق التقدم ، دون إجراء أى شهر للدين الذى له طبقاً للأحكام التى كان معمولا بها قبل قانون الشهر العقارى . فن حقه أن يطمئن إلى هذا المركز الذى كسبه ، ولا يلزمه أن يتكلف البحث فى مكاتب الشهر المختلفة التى توجد فيها عقارات التركة ليرى هل شهر الوارث حق إرثه ليؤشر هو بحقه ، مادامت تركة مورثه قد فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ (أنظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨٤)

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/١١ و٢ من المشروع) ، فيما عدا الإيضاح الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١ من المشروع وقد سبق بيانه (أنظر آنفاً ص ١٩٥ هامش ١)

وتنص المادة ٢٢٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على ماياتى : « يكتسب الوارث بطريق الوراثة العقارات الواقعة على التركة ، غير أنه لا يمكنه التصرف فيها تجاه الغير إلا بعد تسجيلها فى السجل العقارى » .

شهر عقد البيع ، بل إن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث كما سبق القول . ولكن الوارث إذا تصرف فى عقارات التركة قبل شهر حق الإرث ، لا يجوز شهر تصرفه هذا كما سنرى .

ويجوز أن يقوم بشهر حق الإرث كل ذى شأن . وأول ذوى الشأن فى هذا هم الورثة ، فيجوز لأى وارث . أو لمن يقوم مقام الوارث كالوكيل والولى والوصى والقيم ، أن يقوم بهذا الشهر . ويعتبر ذا شأن ، فيجوز له أن يقوم بالشهر ، دائن التركة والموصى له ومن تصرف له الوارث ومصفى التركة . أما الدائن فيشهر حق الإرث حتى يتمكن من أن يؤشر على هامش التسجيل بحقه ، فيكون له حق التتبع وحق التقدم فى عقارات التركة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . وأما الموصى له فيستطيع أيضاً أن يقوم بشهر حق الإرث إذا كان دائناً للتركة ، وشأنه فى ذلك هو شأن الدائن[1] . وأما من تصرف له الوارث فانه لما كان لا يستطيع شهر التصرف الصادر له من الوارث إلا بعد شهر حق الإرث ، لذلك تكون له مصلحة فى شهر هذا هذا الحق وله أن يقوم به . ولمصفى التركة أن يقوم بشهر حق الإرث لأنه ينوب عن الورثة ، وهو بشهره حق الإرث يحمل الدائنين العاديين للتركة على أن يؤشروا بحقوقهم على هامش التسجيل ، فيكون هذا الشهر هو إحدى الوسائل للكشف عن هؤلاء الدائنين .

والمحرر الذى يسجل هو السند المثبت لحق الإرث . ويعتبر سنداً مثبتاً لحق الإرث إعلام الوراثة ، والحكم النهائى الصادر بثبوت هذا الحق فيما إذا قام نزاع بين الورثة واستصدر كلهم أو بعضهم حكماً نهائياً بثبوت حقهم فى الإرث ، وشهادة الإرث التى تعطيها المحكمة للوارث فيما إذا خضعت التركة للتصفية الجماعية على النحو الذى سبق بيانه . وإذا اشتملت التركة على عقارات ، وجب أيضاً أن يسجل ، إلى جانب السند المثبت لحق الإرث قوائم جرد التركة بما تشتمل عليه من بيانات عن هذه العقارات .

---

(١) والموصى له بسهم شائع فى التركة ، كربع التركة أو ثلثها ، يجوز له أيضاً شهر حق الإرث ويشهر فى الوقت ذاته الوصية الصادرة له بالسهم الشائع . ويجوز أن يشهر حق الإرث الموصى له بنصيب وارث معين أو بنصيب وارث غير معين (م ٤٠ – ٤٢ من قانون الوصية) . أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٦ .

ولا يدفع رسم عن شهر حق الإرث ، وذلك حثا للورثة على القيام بهذا الشهر[1] . على أن ذلك لايعفى طالب شهر حق الإرث من دفع الرسوم الفرعية وهى رسوم التصوير ورسوم الحفظ[2] ، لأن كلا من التصوير والحفظ تقوم به الهيئة التى تباشر عمليات الشهر لمصلحة الورثة أنفسهم فهى فى مقابل خدمات أديت لهم ، وهى بعد رسوم ضئيلة لاإرهاق فيها .

وجزاء عدم شهر حق الإرث ليس هو عدم انتقال ملكية العقارات إلى الورثة ، وإلا بقيت هذه العقارات دون مالك فى الفترة ما بين موت المورث وشهر حق الإرث . فملكية عقارات التركة إلى الورثة ، كما تنتقل ملكية منقولاتها ، بمجرد وفاة المورث كما قدمنا . ولكن إذا تصرف الوارث فى عقار للتركة قبل شهر حق الإرث ، كأن باعه أورهنه أو أجرى القسمة فيه ، فان تصرفه هذا لايجوز شهره ، ويجب على الهيئة التى تقوم على أعمال الشهر أن تمتنع عن شهر هذا التصرف حتى يتم شهر حق الإرث . والجزاء على هذا النحو غير كاف ، فكثير من الورثة يتلقون عقارات التركة ويتملكونها بمجرد وفاة مورثهم ، ولايعنيهم بعد ذلك أن يشهروا حق الإرث ما داموا يستبقون هذه العقارات فى أيديهم ولايتصرفون فيها .

ولما كان الشهر يتم فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة ، فمن الجائز أن يتم هذا الشهر بالنسبة إلى عقار واحد أو بعض عقارات التركة دون باقى العقارات فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته هذا العقار أو هذه العقارات . وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشهر

---

(١) أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ، فقد نصت الفقرتان الأخيرتا (٣ ، ٤) من المادة ١١ منه على ما يأتى : « ويكون شهر حق الإرث فى خلال خمس سنوا من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل الشهر إلا بعد أداء الرسم المقر على نقل الملكية أو الحق العينى . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة لحقوق الأرث القائمة م تاريخ العمل بهذا القانون » .

وهذا النص فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق يتمشى مع نص الما ٣٠ من قانون السجل العينى (أنظر ما يلى فقرة ٧١) .

(٢) ومنعاً للبس صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٨ يضيف فقرة أخيرة إلى الما الثانية من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ ، وهذا نصها « كما تحصل رسوم الحفظ ورسوم التصوير على المحررات المتعلقة بشهر حق الإرث » .

العقارى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة » . فلو أن التركة لها ورثة ثلاثة لكل منهم الثلث ، وقصر شهر حق الإرث على العقار أو العقارات االواقعة فى دائرة اختصاص أحد مكاتب الشهر دون العقارات الأخرى ، وأراد أحد الورثة أن يتصرف فى هذا العقار أو العقارات ، اعتبرت العقارات التى تم الشهر فى شأنها وحدة يبنى على أساسها تصرف الوارث . ولما كان الوارث لايملك فى التركة إلا الثلث . فهو لايستطيع أن يتصرف إلا فى حدود هذا الثلث ، على اعتبار أن العقارات التى تم فى شأنها الشهر هى كل التركة . وذلك حتى لوثبت أن هذه العقارات لاتجاوز ثلث التركة ، وأن التركة لوقسمت بين الورثة لصح أن تقع كل العقارات التى تصرف فيها الوارث فى نصيبه .

٧٠ – إجراءات شهر حق الارث طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى : تبين المواد ٤٨ – ٥٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى الإجراءات الواجب اتباعها فى شهر حق الإرث . وتتلخص هذه الإجراءات فيما يأتى :

أولا – طلب شهر حق الارث : يوقع هذا الطلب الوارث طالب الشهر (وفى حالة تعدد الورثة يكفى توقيع أحدهم عن جميع التركة أو عن جزء منها) ، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولى أو وصى أو قيم ، أو أى ذى شأن ، كدائن التركة ، أو الموصى له ، أو من تلقى حقا عينيا عقاريا من الوارث كالمشترى أو الدائن المرتهن ، أو مصفى التركة . ويشتمل الطلب على بيانات خاصة بالمورث وهى اسمه ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وصناعته وديانته وجنسيته [١] ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته [٢] ،

---

(١) وذلك حتى يمكن ، إذا ما ذكرت الديانة والجنسية ، معرفة الجهة المختصة بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمورث ومنها تركته ، وكذلك يمكن الوقوف على القانون الواجب التطبيق فى تعيين الورثة وأنصبائهم .

(٢) وذلك لتحديد مكان افتتاح التركة وتعيين القانون الواجب التطبيق إذا ما توفى مصرى فى بلد أجنبى ، أو أجنبى فى مصر ، أو أجنبى فى بلده أو فى بلد آخر ، وكان المتوفى يملك عقارات فى مصر تخضع لقانون الشهر العقارى .

وبيانات خاصة بالورثة وهى أسماؤهم وألقابهم وسنهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم ، وبيانات خاصة بالعقار أو العقارات التى تشتمل عليهـا التركة وذلك بوصفها وصفا دقيقا وتعيين حدودها ومسطحاتها مع ذكر البيانات الخاصة بما على العقار من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث ، وبيانات خاصة برسم الأيلولة بأن يذكر المبلغ المستحق لمصلحة الضرائب وما دفع منه وما بقى فى ذمة الورثة . ويقدم الطلب إلى مأمورية الشهر التى تقع العقارات فى دائرتها . فاذا كانت عقارات التركة تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مأمورية قدم طلب مستقل لكل مأمورية عن العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاصها . ويخضع طلب شهر حق الإرث للشروط التى تخضع لها طلبات الشهر بوجه عام ، من حيث التقديم والمدة والأسبقية بالنسبة إلى ما عداه من الطلبات .

ثانيا ـ المستندات التى ترفق بطلب شهر حق الارث : ويجب أن يرفق بطلب شهر حق الإرث المستندات المؤيدة لما جاء فيه ، وهذه المستندات هى : (١) إعلام الوراثة أو الحكم النهائى الصادر بثبوت حق الإرث أو أى سند آخر مثبت لحق الإرث كسند الإرث الذى تسلمه المحكمة للوارث عقب انتهاء التصفية الجماعية للتركة . (٢) ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن كان يقوم مقامه أحد ، كقرار الوصاية أو القوامة وكالتوكيل . وإذا وكل الوارث شخصا فى إجراء شهر حق الإرث ، وجب أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، لأن شهرحق الإرث يمكن الوارث من التصرف فى عقارات التركة فيلحق بأعمال التصرف ، والتوكيل فى أعمال التصرف يجب أن يكون توكيلا خاصا . وإذا وكل الوارث غيره فى بيع نصيبه فى التركة ، كان التوكيل الخاص فى البيع توكيلا ضمنيا فى شهر حق الإرث ، لأن الوكيل لا يتمكن من البيع الا إذا أجرى هذا الشهر ، فشهر حق الإرث إجراء من إجراءات البيع [١] . (٣) كشوف رسمية

---

(١) أنظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤١١ .

عن عقارات المورث مستخرجه من دفاتر التكليف وعوائد المبانى، وذلك للتثبت من أن العقارات المبينة فى الطلب ، سواء كانت أرضا زراعية أو مبانى ، هى بذاتها التى كان المورث يملكها حال حياته وظلت على ملكه إلى يوم وفاته، لإمكان مطابقتها على مستندات ملكيته . (٤) مستندات ملكية المورث ، لأن شهر حق الإرث يتوقف على مدى صلاحية هذه المستندات لإثبات ملكية المورث . ومستندات الملكية هى نفس ما أوجب المشرع تقديمه عند بحث طلب الشهر بوجه عام (م ٢٢ سادسا من قانون الشهر العقارى) ، وقد حددت المادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى على سبيل الحصر المحررات التى تقبل مستندات للملكية فى الشهر بوجه عام . فاذا تعذر على طالب شهر حق الإرث تقديم هذه المحررات لأنه قد يكون دائنا للتركة أو موصى له أو وارثا لا يتمكن من الحصول على هذه المحررات ، جاز الإكتفاء بكشوف رسمية من دفاتر التكليف ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وقد أجاز المشرع على هذا النحو إثبات ملكية المورث لعقارات التركة ، إذا كان سند ملكيته لها هو وضع اليد عليها ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وليس هذا مبنياً على التقادم المكسب للملكية [١] ، بل هو مبنى على أن القانون يفترض أن المورث تلقى حق الملكية قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ بعقد غير مسجل وفى وقت كانت الملكية فيه تنتقل بمجرد التراضى ، ولا يستطيع طالب الشهر تقديم هذا العقد غير المسجل فاكتفى القانون فى إثباته باثبات أن العقارات كانت مكلفة باسم المورث قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ واستمرت كذلك إلى تاريخ الوفاة ، أى أن المورث كان واضعا اليد عليها طوال هذه المدة [٢] .

---

(١) يدل على ذلك أن مدة وضع يد المورث على عقارات التركة من سنة ١٩٢٣ إلى تاريخ الوفاة قد تكون فى بعض الفروض أكثر من خمس عشرة سنة ، وفى فروض أخرى أقل . فاذا كان تاريخ وفاة المورث هو سنة ١٩٦٠ ، وجب أن تقدم كشوف التكليف عن ٣٨ سنة ، أى من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٦٠ . وإذا كان تاريخ الوفاة هو سنة ١٩٣٢ ، وأراد الورثة باختيارهم شهر حق الإرث بعد سنة ١٩٤٧ ، وجب أن يقدموا كشوف التكليف عن عشر سنوات فقط ، أى من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٣٢ (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤١٣) .

(٢) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤١٣ – ص ٤١٤ .

وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث ، وجب أن يقرن الطلب بالسند المثبت لهذا الميراث كاعلام شرعى أو حكم . (٥) شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأيلولة المستحق وما دفع منه [١] . فقد يحدث أن أحد الورثة هو الذى يقوم بشهر حق الإرث . ويسدد الضريبة المستحقة عليه بالنسبة إلى نصيبه فى التركة ، فتسلمه مصلحة الضرائب شهادة بذلك . وفى هذه الحالة يشهر حق الإرث ؛ مع التأشير على الشهر بأنه غير صالح إلا فيما يتعلق بالوارث الذى قدم ما يفيد دفعه للضريبة . فاذا ما أراد وارث آخر أن يتصرف ، مستفيدا فى ذلك من قيام الوارث الأول بشهر حق الإرث ، كلفه المكتب المختص بتقديم ما يفيد دفع باقى الضريبة أو على الأقل دفع الجزء من الضريبة المستحق عليه [٢] .

ثالثا – *عملية الشهر* : فاذا تقدم طلب الشهر مع المستندات المشار إليها ، بحيث الطلب وأشر عليه بالقبول للشهر طبقا للإجراءات المتبعة فى بحث طلبات الشهر بوجه عام . وعند ذلك يقوم طالب الشهر بتحرير قائمة بجرد عقارات التركة المطلوب إجراء الشهر عنها ، ويقدم للمأمورية المختصة هذه القائمة ومعها صورة طلب الشهر المؤشر عليه بالقبول للشهر والمستندات السابق تقديمها مع الطلب فتؤشر المأمورية على قائمة الجرد وعلى السند المثبت لحق الإرث بما يفيد صلاحيتها للشهر ، بعد التثبت من اشتمال قائمة الجرد على جميع البيانات الموضحة فى صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر . فسند الإرث وقائمة الجرد هما اللذان يشهران بعد كتابتهما على الورق الأزرق الخاص ، أما المستندات فترفق على اعتبار أنها مؤيدة للشهر ، وتكون جزءا متمماله . وإذا تسلم الطالب سند الإرث والقائمة مؤشرا عليها بالصلاحية للشهر ، قدم القائمة إلى مكتب التوثيق للتصديق على توقيعه فيها . ثم يقدم سند الإرث والقائمة المصدق على التوقيع فيها إلى مكتب الشهر المختص لإجراء عملية الشهر النهائى ، طبقا لأحكام المادتين ٣١ و٣٢ من قانون الشهر العقارى .

---

(١) وقد نفذ قانون الضريبة على التركات ابتداء من ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٤ ، فاذا كا[ن] المورث قد مات قبل هذا التاريخ لم تطلب هذه الشهادة لأن التركة لا تكون خاضعة للضريبة

(٢) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤١٥ – ص ٤١٦ .

٧١ - شهر حق الإرث فى قانون السجل العينى : وقد قدمنا (١) أنه صدر بعد قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ قانون قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ . وسنرى عند الكلام فى العقد كسبب لكسب الملكية أن قانون السجل العينى لا يطبق إلا فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل ، وأن قانون تنظيم الشهر العقارى يستمر العمل به فى المناطق التى لا يطبق نظام السجل العينى بها . ولما كان لم يصدر إلى اليوم قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العينى ، فان قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد . وقد بسطنا أحكامه فيما تقدم بالنسبة إلى شهر حق الإرث .

ونورد هنا النص الخاص بشهر حق الإرث فى قانون السجل العينى ، فقد نصت المادة ٣٠ من هذا القانون على ما يأتى : « يجب قيد حق الإرث ، إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن نصيب كل وارث ، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق . ويكون قيد حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العينى . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار » . والقرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار هو قرار وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام السجل العينى ، ويحدد هذا القرار تاريخ سريانه على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . فتبدأ إذن مدة سريان الخمس السنوات المشار إليها فى النص ، بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة ، من تاريخ سريان قرار وزير العدل على قسم من الأقسام المساحية يكون فيه المورث قد مات قبل سريان هذا القرار .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١ .

ويبدو أنه ، حتى فى قانون السجل العينى ، تنتقل ملكية عقارات التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث ، ولا يتوقف انتقال الملكية على قيد حق الإرث فى السجل العينى . ذلك أن المادة ٣٠ من قانون السجل العينى سالفة الذكر تقول : « وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز لوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق » . فجزاء عدم القيد إذن ليس هو عدم انتقال الحق إلى الوارث ، بل هو عدم جواز تصرف الوارث فى هذا الحق بعد أن يكون قد انتقل إليه .

وتنص المادة ٤٦ من قانون السجل العينى على أن « تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العينى التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية » . وهذه اللائحة التنفيذية ، يصدر بها قرار من وزير العدل ، وهذا القرار لم يصدر إلى اليوم .

وبمقارنة المادة ٣٠ من قانون السجل العينى سالفة الذكر بالمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى المتعلقة بشهر حق الإرث والتى سبق ذكرها ، يتبين أن نظام شهر حق الإرث فى قانون السجل العينى يقرب كثيرا من نظام شهر هذا الحق فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، وقد بحثنا تفصيلا هذا النظام الأخير . وأهم الفروق ما بين النظامين هو ما يأتى : (١) جعل قانون الشهر العقارى جزاء عدم تسجيل حق الإرث هو عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى عقارات التركة ، فتصرف الوارث يكون إذن جائزا والذى لا يجوز هو شهر هذا التصرف . أما قانون السجل العينى فيجعل الجزاء هو عدم جواز التصرف فى عقارات التركة ، فغير الجائز إذن هو التصرف ذاته لا مجرد شهر التصرف ، وهذا جزاء أشد . (٢) ينص قانون الشهر العقارى على أن شهر حق الإرث فى أى وقت يكون بدون رسم ، فى حين أن قانون السجل العينى يجعل فيها حق الإرث بدون رسم إذا تم هذا القيد فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العينى ، وفى هذا حث للوارث على المبادرة إلى

قيد حق الإرث حتى لا يتراخى القيد إلى ما بعد الخمس السنوات فيضطر إلى دفع الرسم . (٣) أجاز قانون الشهر العقارى قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، وقد سبق بيان ذلك [١] . أما قانون السجل العينى فلم ينص على هذه الرخصة ، ويبدو أنه يتطلب أن يقيد الوارث حق الإرث بالنسبة إلى جميع عقارات التركة ، وإلا لم يجز التصرف فى أى عقار منها ، حتى بالنسبة إلى نصيبه فى هذا العقار وحتى لو قيد حق الإرث بالنسبة إلى هذا العقار . (٤) التسجيل فى قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة ، أما القيد فى السجل العينى فله هذه الحجية . وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العينى فى هذا الصدد على أن « يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الفصل الثانى

الوصية
(Testament)

٧٢ ـ نص قانونى : تنص المادة ٩١٥ مدنى على ما يأتى :

« تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » [٢] .

---

(١) أنظر آنفاً ص ١٩٨ – ص ١٩٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها ، وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٦ فى المشروع النهائى ، بعد حذف العبارة الأخيرة وهى « وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استعيض عن عبارة « النصوص التشريعية المستمدة منها » بعبارة « والقوانين الصادرة فى شأنها » ، لأن المراد هو التشريعات التى تصدر فى شأن الوصية ، وأصبح رقم المادة ٩١٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ – ص ٢٩٥) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٥٥ فقرة أولى / ٧٨ فقرة أولى) يعرض لأحكام القانون الدولى الخاص فى الوصية ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق فى هذه المسألة هو قانون الدولة التى ينتمى إليها الموصى بجنسيته (١) .

ويقابل النص التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٧٦ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩١٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٠٨ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٢٨ / ٢ وم ٢٣١ (٢)

---

(١) التقنين المدنى السابق م فقرة أولى / ٧٨ فقرة أولى : وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال المختصة بالملة (قانون الدولة) التابع لها الموصى .

ويتبين من هذا النص أن المعنى المقصود هو أن الوصية تسرى عليها أحكام قانون الدولة التى ينتمى إليها الموصى بجنسيته ، فنكون فى صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل فى نطاق القانون الدولى الخاص لا فى نطاق القانون الداخلى . ويكون المقابل لهذا النص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدنى الجديد وتجرى على الوجه الآتى : « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » . وقد صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ يعدل نص المادة ٥٥ مدنى أهلى بما يجعله واضحاً فى هذا المعنى ، وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ينص على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هى قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » (أنظر آنفاً ص ٧٥ هامش ١ – محمد كامل مرسى ٥ فقرة ٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٧٦ : ١ – يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ – وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث فى ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا باجازة الورثة . ٣ – لا يمنح الأجنبى حق الاستفادة من الوصية العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

التقنين المدنى الليبى م ٩١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٨ : ١ – يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ – وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث فى ثلث التركة ، ولاتنفذ فيما جاوز الثلث إلا باجازة الورثة .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٢٨ : يكتسب حق القيد فى السجل العقارى بالطرق الآتية : (١) . . . (٢) بالهبة بين الأحياء وبالوصية . (٣) . . . م ٢٣١ : لا يكون للأجنبى حق بالإرث أو بالوصية فى التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبى العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه يقرر مبدأ عاما جوهريا ، هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها . ويستوى فى ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية . وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هى التى تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين [1] » .

ثم تقول المذكرة الإيضاحية أيضا : « وعرض المشروع لمسألتين فى الوصية على جانب كبير من الأهمية : المسألة الأولى التصرف الصادر فى مرض الموت ، وقد اعتبر كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . والمسألة الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام الوصية [2] » . والمسألتان المشار إليهما فى المذكرة الإيضاحية يحققان حماية الورثة من الوصايا المستترة .

ثم إن قانون تنظيم الشهر العقارى ، ومن بعده قانون السجل العينى ، عالج كل منها نقصا خطيرا كان فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن .

ويخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الوصية هى : (١) تطبيق أحكام الشريعة فى الوصية . (٢) حماية الورثة من الوصايا المستترة . (٣) شهر الوصية .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ – وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ١٣٤٩ منه يجرى على الوجه الآتى : « وتسرى على الوصية ، من حيث الشكل ومن حيث الجزاء الذى يترتب على مخالفته ، الأحكام الخاصة التى توضع لذلك » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ أن قانون الوصية يشتمل على أحكامها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ .

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الوصية

٧٣ — قانون الوصية المستمد من الشريعة الإسلامية هو الذى يسرى على الوصية : كانت المحاكم الشرعية تطبق فى الوصية أحكام المذهب الحنفى فى أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقننة . وقد قننت فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، كما قننت أحكام الميراث فى قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ولنفس الأسباب [١] . وصار هذا القانون هو الذى يسرى على الوصية ، ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين . فوصية غير المسلم من المصريين تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية قبل أن تقنن ، ثم قانون الوصية بعد تقنين هذه الأحكام ، وقد استقر القضاء على ذلك حتى قبل صدور قانون الوصية [٢] .

ويشتمل قانون الوصية على بابين : (الباب الأول) فى أحكام عامة ، وينتظم فصولا ثلاثة : الفصل الأول فى تعريف الوصية وركنها وشرائطها ، والفصل الثانى فى الرجوع عن الوصية ، والفصل الثالث فى قبول الوصية

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٤ — وقد قضت محكمة النقض بأن وصية غير المسلم ، كوصية المسلم ، لاتصح إلا لموجود حقيقة أو حكماً ، ولا تجوز بأكثر من الثلث ، ولا تجوز لوارث إلا باجازة باقى الورثة (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) . وقضت أيضاً بأن المواريث عموماً ، ومنها الوصية ، هى وحدة واحدة ، وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) .

وقد تدخل المشرع فى الأمر ، بعد صدور هذا الحكم الأخير ، فأصدر فى سنة ١٩٤٤ القانونين رقم ٢٥ ورقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ اللذين سبقت الإشارة إليهما (أنظر آنفاً ص ٢٠٦ هامش ١) ، فنص فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هى قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » . وعدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ المادتين ٥٤ و ٥٥ مدنى وطنى قديم فاستبدل بعبارة « الأحوال الشخصية المختصة بالملة » عبارة « قانون البلد » .

وردها . (والباب الثانى) فى أحكام الوصية ، وينتظم فصولا سبعة : الفصل الأول فى الموصى له ، والفصل الثانى فى الموصى به ، والفصل الثالث فى الوصية بالمنافع ، والفصل الرابع فى الوصية بالمرتبات ، والفصل الخامس فى أحكام الزيادة فى الموصى به ، والفصل السادس فى الوصية الواجبة ، والفصل السابع فى تزاحم الوصايا .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب والفصول من الأحكام ، فهى من مباحث الفقه الإسلامى . ولكننا نستعرض هنا فى إيجاز تام ، كما استعرضنا فى الميراث ، الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها قانون الوصية . فنعرض للمسائل الآتية : (١) شكل الوصية وشروط صحتها (م ١ — ١٧ من قانون الوصية) . (٢) رجوع الموصى عن الوصية (م ١٨—١٩ من قانون الوصية) . (٣) قبول الموصى له للوصية ورده إياها (م ٢٠—٢٥ من قانون الوصية) . (٤) الموصى له (م ٢٦—٣٦ من قانون الوصية) . (٥) الموصى به (م ٣٧—٧٥ من قانون الوصية) . (٦) الوصية الواجبة (م ٧٦ — ٧٩ من قانون الوصية) .

٧٤ — **شكل الوصية وشروط صحتها** : تنص المادة الأولى من قانون الوصية على أن « الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت » . ونرى من ذلك أن الوصية استثناء من الحكم القاضى ببطلان التعامل فى التركة المستقبلة ، إذ هى تعامل من الموصى فى تركته المستقبلة بارادته المنفردة ، وقد أجيزت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية .

وتعرض المادة الثانية من قانون الوصية لصيغة الوصية وشكلها ، فتنص على أن « تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة . فاذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية باشارته المفهمة . ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها ، بعد وفاة الموصى ، فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الإفرنجية ، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر ، بعد وفاة الموصى ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ،

أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها » .
والذى يعنينا من هذا النص هو شكل الوصية ، وقد جعل القانون الجزاء على الإخلال به هو عدم سماع الدعوى كما هو المألوف فى أحكام الشريعة الإسلامية .

ويخلص من النص أن الوصية ، منذ سنة ١٩١١ ، يجب أن تتخذ أحد أشكال ثلاثة : (١) تحرر بها ورقة رسمية . (٢) تحرر بها ورقة عرفية يصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه . (٣) تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصى وموقع عليها بامضائه[1] .

وهناك شروط لصحة الوصية ، بعضها فى الموصى وبعضها فى الموصى له وبعضها فى الموصى به . فيشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع ، على

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن مورثة الطاعنين تمسك فى دفاعها بأن المحرر إن لم يكن اشهاراً بوقف فهو وصية ، ورد على هذا الدفاع بأن « المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تشترط فى الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمى أو يحرر بها عقد عرفى يصدق فيه على إمضاء الموصى بخطه وموقع عليها بامضائه ، فاذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة ، ولم يتحقق شىء من ذلك ، ولم تتقدم المدعية بما يدل على وجود وصية » ، فان الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية بقولها : « . . . إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها » . وقد تحجب بهذه المخالفة عن مواجهة دفاع الطاعنين من أن المحرر المتنازع عليه مكتوب جميعه بخط المتوفى وعليه إمضاؤه وتحقيقه ، وهو دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٠ ص ٣٢٧) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا يكفى أن يوقع الموصى على الوصية بختمه وبصمة إبهامه ويضعها فى مظروف مغلق ويودع المظروف بمكتب التوثيق (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١١٩ ص ٨٧٧) .

وشكل الوصية المنصوص عليه فى القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ، وليس ركناً فى الوصية ، فلو أقرت الورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا سمعت الدعوى وقضى بالوصية . وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً ، والكتابة المطلوبة ، على مختلف أنواعها ، ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية ، فهى وحدها الأدلة التى لا يقبل غيرها فى الإثبات . وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية ، كما رأينا ، على أن « تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فاذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية باشارته المفهمة » .

أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة جازت وصيته بإذن المحكمة . ويشترط في الموصى له أن يكون معلوما ، وأن يكون موجودا عند الوصية إن كان معينا . فإن لم يكن معينا كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصى[1] . وتصح الوصية مع اختلاف الدين والملة . وتصح مع اختلاف الدارين مالم يكن الموصى تابعا لبلد إسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى . ويشترط في الموصى به أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى . وأن يكون متقوما عند الموصى إن كان مالا . وأن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصى إن كان معينا بالذات[2] . وتصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاة الموصى . فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية[3] . وتبطل الوصية بجنون الموصى جنونا مطبقا إذا اتصل بالموت[4] . وبموت الموصى له

(١) وتصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر وللمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجوه الخير (م ٧ من قانون الوصية) . وتصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية (م ٨ من قانون الوصية) .

(٢) وإذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئاً لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص ، كانت العين كلها وصية . وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء ، شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة . وإذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها ، كانت العين بحالتها الجديدة وصية . وإن أعاد البناء على وجه آخر ، اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين . وإذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً ، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته . أنظر في كل ذلك المواد ٧١ و ٧٢ و ٧٥ من قانون الوصية .

(٣) م ١٣ من قانون الوصية ، وهذه هي قسمة المورث التي سبق بيانها (أنظر آنفاً فقرة ٦٦ — فقرة ٦٧) .

(٤) فقد لا يمكن للموصى الرجوع عن الوصية لولا الجنون المطبق المتصل ، فمراعاة حقه أبطلت الوصية (المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية) .

قبل موت الموصى ، وبهلاك الموصى به إذا كان معينا وهلك قبل قبول الموصى له . ولا تبطل بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة[1]

٧٥ – **رجوع الموصى عن الوصية** : ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها ، صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به [2] .

ولا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها (إنكارها) ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، كل ذلك إلا إذا دلت قرينة على أن الموصى يقصد به الرجوع عن الوصية .

٧٦ – **قبول الموصى له للوصية ورده إياها** : ولا تلزم الوصية إلا بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فاذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة . ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا ، فان لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول . وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر ، لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد . وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون ، لزمت بالنسبة إلى من قبلوا وبطلت بالنسبة إلى من ردوا . وإذا قبل الموصى له الوصية على النحو المتقدم ، استحق الموصى به من وقت الموت [3] ، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد

---

(١) ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلا أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى (م ١٧ من قانون الوصية) .

(٢) ويعتبر تصرف الموصى فى الموصى به رجوعاً عن الوصية ، حتى لو كان هذا التصرف قابلا للفسخ وفسخ ، أو قابلا للإبطال وأبطل ، أو كان باطلا .

(٣) فالوصية إذن إرادة منفردة تصدر من الموصى . وليست بعقد بين الموصى والموصى له ، وإلا لاستحق الموصى له الموصى به من وقت القبول لا من وقت موت الموصى .

الموت . وتكون زوائد الموصى به بعد وفاة الموصى من وقت وفاة الموصى إلى وقت قبول الوصية ، ملكا للموصى له لأنها نماء ملكه . ولا تعتبر وصية فلا تدخل فى حساب خروج الوصية من الثلث . وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة .

وإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد وفاة الموصى ، بطلت الوصية فيما رد ، أما الرد قبل وفاة الموصى فلا يبطل الوصية[١] .

ولا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور موت الموصى . ومع ذلك تبطل الوصية إذا ابلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له ، باعلان رسمى مشتمل على بيان كاف ، عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول . وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه فى ذلك[٢] .

٧٧ – **الموصى له** : تصح الوصية للمعدوم ، وتصح الوصية بالمنافع لطبقتين ، وتصح الوصية لمن لا يحصون كطلبة الجامعة ويختص بها المحتاجون منهم[٣] . وإذا كانت الوصية لمعينين ، فمن كان غير أهل للوصية منهم عند موت الموصى يعود نصيبه فى الوصية إلى التركة . وتصح الوصية للحمل فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد الحمل حيا لثلثمائة وخمسة وستين يوما فأقل من وقت الوصية .

---

(١) وإذا رد الموصى الوصية بعد أن قبلها ، وقبل منه ذلك أحد من الورثة : انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده (م ٢٤ من قانون الوصية) .

(٢) أما عند الحنفية فالذى ينتقل إلى ورثة الموصى له هو الشىء الموصى به ذاته ، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له ، فاذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد فقد تحقق اليأس من الرد ، واعتبر الموصى به ملكاً للموصى له ودخل فى تركته ، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث . وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذى ينتقل إلى ورثة الموصى له هو حق قبول الوصية . إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى . فاذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول أو الرد إلى ورثته ، وبهذا أخذ قانون الوصية . أنظر فى ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف ٥ ص ٤٦ .

(٣) انظر فى كل ذلك المواد ٢٦ – ٣٠ من قانون الوصية .

(١) إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل ، وولد الحمل حيا لمائتين وسبعين يوما فأقل من وقت الوصية . ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد الحمل حيا لثلثمائة وخمسة وستين يوما فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة . وإذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة الحمل من ذلك المعين . وإذا مات الموصي قبل انفصال الحمل ، أوقفت غلة الموصى به إن كانت له غلة حتى ينفصل الحمل حيا فتكون له ، وإلا كانت لورثة الموصي . وإذا جاءت الحامل ، في وقت واحد أو في وقتين بينها أقل من ستة أشهر ، بولدين حيين أو أكثر ، كانت الوصية بينهم بالتساوي ، إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك . وإن انفصل أحدهم غير حي ، استحق الحي منهم كل الوصية . وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة ، كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع .

٧٨ – **الموصى به**: وتصح الوصية بالثلث(١) للوارث(٢) وغيره ،

---

(١) ولا يدخل في حساب الثلث المصروفات التي يحكم بها على التركة لمصلحة الموصى له اذا نوزع في صحة الوصية ، ولا فوائد التأخير عن مبلغ الوصية من وقت المطالبة القضائية بهذا المبلغ (نقض مدني ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٣٧) .

(٢) ولم تكن الوصية تجوز للوارث إلا باجازة سائر الورثة . وقد قضى بأنه إذا اشترط الورثة حين توقيعهم باجازة الوصية على سندها الصادر من المورث لأحدهم أن يبقى السند لدى أمين متفق عليه ، وألا يسلم لمن صدر له إلا برضائهم ، فهذه الإجازة تقع باطلة لاقترانها بما يبطل مفعولها ، وهو عدم تمكين الصادر له السند من الانتفاع به إلا بمشيئتهم (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٧) . ثم صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فأجاز الوصية للوارث بالقدر الذي تجوز به لغير الوارث . ومن ثم تنفذ الوصية للوارث في ثلث التركة من غير إجازة سائر الورثة إذ مات الموصي وقت نفاذ قانون الوصية ، حتى لو كانت الوصية قد صدرت قبل ذلك (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٤٤ – ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤ – ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . أما إذا مات الموصي قبل نفاذ قانون الوصية ، فلا تنفذ الوصية للوارث من غير إجازة سائر الورثة (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٩ رقم ٤٣ ، ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ١ – ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٤ – ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ٢ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٤).

وتنفذ من غير إجازة الورثة[١] . وتصح مما زاد على الثلث . ولا تنفذ فى الزيادة[٢] إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه[٣] . وتنفذ وصية من لادين عليه ولا وارث له

(١) انظر فى أن الموصى ، حتى فى حدود ثلث التركة ، يتقيد بعدم التعسف فى استعمال حق الإيصاء : حسن كيرة ص ٢١ – ص ٢٢ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٣٥٢ منه وتجرى على الوجه الآتى : « إذا جاوزت الوصية فى العقار القدر الذى يجوز الإيصاء به ، فان إبطال الوصية فيما زاد على هذا القدر لا يضر بحقوق الغير إذا كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذا العقار » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « لما كان من الواجب حماية الغير حسن النية الذى يكسب حقاً عينياً على ما يجاوز القدر الذى يجوز الإيصاء به ، كما إذا صدرت وصية بنصف التركة ، ورتب الموصى له رهناً على كل الموصى به ، ولم تجز الورثة الوصية فأنقصت إلى الثلث . فان سدس التركة يرجع إلى الورثة محملا بالرهن وهم يرجعون على الموصى له . . . ويلاحظ أن إنقاص الوصية إلى القدر الجائز لا يعتبر إبطالا أو فسخاً ، بل هو عدم نفاذ فى حق الورثة . فوجب إذن أن يكون هناك نص خاص لحماية الغير حسن النية فى هذه الحالة ، إذ هى لا تدخل فى حالات الإبطال أو الفسخ التى وردت فيها نصوص أخرى » . وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص ؛ ولكن مجلس النواب حذفه اكتفاء بالمادة ١٠٣٤ مدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٩ – ص ٣٠٠ فى الهامش) .

أما المادة ١٠٣٤ مدنى الذى أريد الاكتفاء بها فتنص على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . وهذا النص ، وإن كان يشمل كل أسباب زوال الملكية إذ يقول « أو زواله لأى سبب آخر » ، فيدخل عدم نفاذ الوصية فى حق الورثة ، إلا أنه مقصور على حماية الدائن المرتهن دون غيره ممن كسب حقاً عينياً آخر على العقار . والنص الشامل فى هذا الصدد هو ما جاء فى قانون تنظيم الشهر العقارى (م ١٥ – ١٧) ، إذ يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، فتدخل إذن دعوى عدم نفاذ الوصية فى حق الورثة . ويترتب على هذا التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير . أنظر أيضاً المادة ٤٧٨ مدنى وهى خاصة ببيع المريض مرض الموت ، وتقضى بأنه لا تسرى أحكام هذا البيع (وهى فى جملتها أحكام الوصية) إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة .

(٣) ولا تصح الإجازة حال حياة الموصى ، ولا يعتد بها إلا إذا صدرت بعد موته تطبيقاً للشريعة الإسلامية (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٢٠٠ ص ٤٧٤) . وإذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفى بالوصايا ، أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفى بها ، قسمت التركة أو الثلث بحسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين (م ٨٠ من قانون الوصية) .

بكل ماله أو بعضه . من غير توقف على إجازة الخزانة العامة لأنها لا تعتبر وارثا . وتصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين . ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه وذلك فى ثلث التركة ، فان برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى ثلث الباقى بعد وفاء الدين . وإذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفاء الدين(١) .

وتصح الوصية بسهم شائع فى التركة ، كربع التركة أو ثلثها(٢) ،

---

(١) انظر آنفاً ص ١٧٥ هامش ١ – وفى حساب خروج الوصية من الثلث لا يدخل نماء الموصى به الحادث بعد موت الموصى . فهذا النماء ملك خالص للموصى له كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويملك الموصى له النماء بمجرد موت الموصى ، حتى قبل تسجيل الوصية حين يكون الموصى به لا يزال ملكاً للورثة ، إذ الوصية غير المسجلة ترتب التزاماً فى ذمة الورثة بتسليم العقار الموصى به بمجرد موت الموصى ، ومقتضى هذا الالتزام أن يكون للموصى له ثمار الموصى به وعليه نفقته من وقت موت الموصى . والوصية غير المسجلة فى ذلك كالبيع غير المسجل ، فى البيع يكون « للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً » (م ٤٥٨ / ٢ مدنى) . انظر فى ذلك إسماعيل غانم ص ١٤٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٠ ص ٧٩٤ – حسن كيرة ص ١٧ – ص ١٨ وص ١٩ – ص ٢٠ .

ومن رأينا أن تسجيل الوصية ، كتسجيل البيع ، له أثر رجعى فى العلاقة ما بين الموصى له والورثة . وبهذا الأثر الرجعى نعلل أن يكون نماء الموصى به للموصى له من وقت موت الموصى حتى قبل تسجيل الوصية ، إذ بتسجيل الوصية تنتقل الملكية إلى الموصى له ويستند انتقالها إلى موت الموصى لا إلى وقت التسجيل ، وذلك فقط فى العلاقة فيما بين الموصى له والورثة كما قدمنا . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا شك فى أن تسجيل الوصية لا ينقل ملكية الموصى به إلا من وقت التسجيل . انظر ما قدمناه فى هذه المسألة فى عقد البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ – فقرة ٢٨٦ .

(٢) ويلاحظ أن الموصى له بسهم شائع فى التركة لا يستحق هذا السهم إلا بعد سداد ديون التركة ، فيكون مسئولا عن هذه الديون بنسبة سهمه الشائع .

وتنص المادة ٤٤ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب ، استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها ، وكلما حضر شىء استحق سهمه فيه » . وانظر أيضاً المادة ٤٥ من قانون الوصية .

وذلك فى حدود الثلث على ما سبق القول . ويعتبر الموصى له فى هذه الحالة خلفا عاما للموصى . شأنه فى ذلك شأن الورثة [١] .

وتصح الوصية بمنفعة العين ، فاذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به ، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه ، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها . وإذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة ، فان ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة . وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة ، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته فى جميع هذه الأحوال ، وذلك بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من

---

(١) وتجوز الوصية بمثل نصيب وارث معين ، وتنص المادة ٤٠ من قانون الوصية فى هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة » . فيزاد سهم هذا الوارث على سهام فريضة التركة ، ويكون نصيبه للموصى له ، والباقى للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم. كذلك تجوز الوصية بنصيب وارث غير معين ، وتنص المادة ٤١ من قانون الوصية فى هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه ، استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين فى الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين » . وتنص المادة ٤٢ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه ، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها . ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين . وإذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع ، قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة » . فاذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص وبربع التركة لشخص آخر ، قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بين الوصيتين إن لم يسعهما ولم تجز الورثة . وعلى ذلك إذا ترك الموصى ابنين كانت الفريضة سهمين اثنين ، يزاد عليهما سهم الموصى له كأنه لا وصية لغيره فيكون له الثلث . وتكون الوصيتان ثلثاً وربعاً ، فهما أكثر من ثلث التركة . فاذا لم تجز الابنان الزائد على الثلث ، كان الثلث بين الموصى لهما ، أربعة سهام لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع . وإذا كان ، بدل الوصية بالسهم الشائع ، وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة ، قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة ، وقدرت الوصية بالنصيب كذلك ، وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق .

وفاة الموصى . وإذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها ، وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين ، قدرت الوصية بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها . فاذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين ، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة . وإذا كانت الوصية بحق من الحقوق ، قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه . وتسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها ؛ وباسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين .

وتصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة . فاذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم تجز الورثة الزيادة ، يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى تنتهى المدة ، أو إلى أن يموت الموصى له . ويجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا فى جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضى جميع المرتبات نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية . فاذا مات الموصى له قبل نفاد المبلغ المودع ، رد الباقى لورثة الموصى . ويزول كل حق للموصى له فى التركة بالإيداع والتخصيص [١] .

٧٩ – **الوصية الواجبة** : وإذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته ، وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث ، بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ؛ وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله . وتكون هذه

(١) وإذا تزاحمت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم ، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب ، كان نصيبها لورثة الموصى (م ٨٢ من قانون الوصية) .

لوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات . ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا . على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا ترتيب الطبقات .

وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل وجب له ما يكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر . وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه . ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب ، من باقى الثلث . فان ضاق عن ذلك ، فنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . فاذا لم يوص الميت إلى من وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم ، استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى . وإلا فنه ومما أوصى به لغيرهم . وفى هذه الحالة الأخيرة والحالة السابقة عليها ، يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة (١) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى صدد الوصية الواجبة ما يأتى « وضعت هذه المواد (٧٦ — ٧٩) لتلافى حالة كثرت منها الشكوى ، وهى حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالغرق والهدم والحرق ، فان هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث ، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عياله يقوتهم وأحب شىء إلى نفسه أن يوصى لهم بشىء من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئا أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية — قد تضمنت المادة ٧٦ أنهم إذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب أصلهم ، فان الوصية تجب لهم بايجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث — وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقاتهم والأصل يحجب فرعه دون فرع غيره . ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو بنته على من يوجد من فروعه قسمة الميراث ، كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتبين — ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية . فلو خلف الميت ابنا وبنتا وبنتى بنت ماتت فى حياته وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضا غير مرتبين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت ، قسمت التركة —

المبحث الثانى

حماية الورثة من الوصايا المستترة

٨٠ – حالتان يحمى فيهما الوارث من الوصايا المستترة : نص التقنين المدنى على حالتين يحمى فيهما الوارث [١] من الوصايا

= بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية . وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمة الميراث ، لبنت ثلثه يعطى لبنتيها بالتساوى ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده – والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث ، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصرى وطاووس والإمام أحمد وداوود الطبرى وإسحاق بن راهوية وابن حزم . والأصل فى هذا قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . والقول باعطاء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت فى ماله إذا لم يوص لهم مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين ، ورواية فى مذهب الإمام أحمد . وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد وبالترتيب المبين فى المادة ٧٦ ، وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم فى حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث مبنى على مذهب ابن حزم . . . فالجزء الواجب إخراجه يجوز فى مذهب ابن حزم أن يحدده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر . كذلك يجوز فى مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر ، وحينئذ يكون لولى الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور فى المادة ، ويأمر باعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم فى الميراث لو بقى حياً (م ٧٦) ... فاذا نقصوا أحداً ما وجب له أولم يوصوا له بشىء ، ردوا بأمر ولى الأمر إلى المعروف (م ٧٧) . وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وماروى عن طاووس » .

(١) وغنى عن البيان أن القانون ، كما يحمى الوارث من الوصايا المستترة ، يحمى أيضاً الدائن . وللدائن ، كما للوارث ، مصلحة فى أن يكشف عن الوصايا المستترة ، بل إن مصلحته فى ذلك ترجح مصلحة الوارث . وذلك أنه متى ثبت أن التصرف هو فى حقيقته وصية ، فانه لا يسرى أصلا فى حق الدائن إذ الديون تقدم على الوصايا ، فى حين أنه يسرى فى حق الوارث فيما لا يجاوز ثلث التركة . ومن أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث فى كل ما سيجىء من حق للوارث فى الطعن فى تصرفات المورث بأنها وصايا مستترة .

أما فى حياة الموصى ، فلا تحول الوصية ، حتى لوكانت مسجلة ، دون تنفيذ دائن الموصى على العقار الموصى به ، إذ أن هذا العقار لا يزال فى ملك الموصى مادام حياً ، ولو بقى مصراً على الوصية ولم يرجع عنها .

المستترة[١] : (الحالة الأولى) التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت[٢]، تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وتسري عليها أحكام الوصية. وبذلك يحمي القانون الورثة من هذه التصرفات إذ يكشف عن حقيقتها ويحيطها بقيود الوصية. (الحالة الثانية) التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته. إذ تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، فتحمي الورثة منها بأن تحاط هي أيضا بقيود الوصية[٣].

---

(١) ويعتبر الوارث، في الوصايا المستترة وفي كل تصرف يصدر من المورث وينطوي على اعتداء على حقه في الإرث من الغير يتلقى حقه من القانون لا من المورث، ومن ثم لا يعتبر في هذه التصرفات خلفاً للمورث ولا تسري في حقه. وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه وإن كان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي لتركته وفي الالتزامات التي عليها، إلا أن القانون قد جعل للوارث حقوقاً خاصة لا يرثها عن مورثه، بل تنشأ بحكم القانون. وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقوق الوارث هذه التي أثبتتها له الشريعة رغماً من إرادة المورث. ومتى كان الوارث يتلقى حقه في الإرث بحكم القانون (الشريعة) وكان له أن يدفع كل اعتداء عن ذلك الحق الشرعي، فلا يصح مع هذا أن يقال بأن الوارث يلزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقه الشخصي. ولا أن يقال إن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه بالنسبة إلى تلك التصرفات التي تمس حقوق الوارث الخاصة (استئناف مصر ١٤ يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٦). وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٩ ص ٥٧٨.

(٢) أما إذا صدر التصرف في غير مرض الموت، فإنه يكون صحيحاً نافذاً في حق الورثة، ولو تصرف المورث في كل ماله متبرعاً. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بألا تتقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب (نقض مدني ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٨). وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٠ – استئناف أسيوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ – استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٨ – ٢١ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٤١.

(٣) وتكييف وصف العقد بأنه وصية يبقى في اختصاص المحكمة التي تنظر في موضوع العقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائماً حول تعرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادي. فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتمسك به، ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانوناً. فاستعرضت المحكمة الأوصاف التي يصح انطباقها عليه، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية، فإنها لا تكون قد خرجت في ذلك عن حدود اختصاصها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٣٧ رقم ٢٤).

٨١ – الحالة الأولى – التصرفات التي تصدر من المورث في مرضه الموت – نص قانوني : تنص المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي :

« ١ – كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف » .

« ٢ – وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا » .

« ٣ – وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » [(١)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٦ – ص ٢٩٨) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقررها النص كان القضاء يأخذ بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٩ : ١ – كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصوداً به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له . ٢ – ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت .

م ١١١٠ : ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم . ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً .

م ١١١١ : ١ – إذا أقر شخص في مرض موته بدين لوارث أو لغير وارث . فإن جاء إقراره على سبيل التمليك كان بحكم الوصية ، وإن جاء على سبيل الإخبار أو كان إقرار بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عنده ثبت بغير إقراره ، نفذ الإقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة ، وتصديق الورثة إلا قرار في حياة المورث ملزم لهم . ٢ – ولا يستحق المقر له

فالتصرف الصادر من المورث فى مرض الموت ،(١) ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبره القانون وصية مستترة ، وتسرى عليه أحكام الوصية . وبذلك تحمى الورثة . إذ أن هذا التصرف لا ينفذ فى حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه (٢) . وهذا هو حكم الوصية كما قدمنا . وحتى تسرى أحكام الوصية يجب ، كما هو ظاهر من النص ، أن يتوافر فى التصرف شرطان : (١) أن يكون تصرفا صادرا فى مرض الموت . (٢) وأن يكون مقصودا به التبرع .

٨٢ – الشرط الأول – التصرف صادر فى مرض الموت : سبق ، عند الكلام فى البيع ، أن بحثنا البيع الصادر فى مرض الموت ، ورأينا أن أحكام

= ما أقربه المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد أن تؤدى ديون الصحة . ويعتبر فى حكم ديون الصحة الديون التى ثبتت فى ذمة المريض وقت المرض بغير إقراره فتؤدى هى أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التى ثبتت باقرار المريض فى وقت مرضه .

م ١١١٢ : ١ – إذا أقر شخص فى مرض موته بأنه استوفى ديناً له فى ذمة أحد ، فان كان الدين قد ثبت فى ذمة المدين حالة صحة الدائن نفذ الإقرار فى حق غرماء الصحة . أما إذا كان الدين قد ثبت فى ذمة المدين حال مرض الدائن ، فلا ينفذ الاقرار فى حق هؤلاء الغرماء . ٢ – وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد ، نفذ إقراره فى جميع ماله ولكن بعد أن توفى ديون الصحة وما فى حكمها من الديون .

(والتقنين العراقى يقنن أحكام الشريعة الإسلامية فى تصرفات المريض مرض الموت) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أنظر فى تحديد معنى مرض الموت والرجوع فى ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامى مفسرة بقضاء المحاكم : الوسيط ٤ فقرة ١٧٥ – فقرة ١٨٢ .

(٢) ولا يكون ذلك كله إلا بعد موت المريض ، فقبل موته لا حق للوارث فى الطعن فى التصرف . وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث فى مال مورثه لا يظهر فى الوجود ، ولا يكون له أثر ، إلا بعد وفاة المورث . كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه ، مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة . ومن ثم فما دام المتصرف كان ما يزال حياً ، فانه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة فى العقود المطعون عليها تقوم على صدورها فى مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص ٣٩٥) .

أما المورث نفسه إذا تصرف وهو يعتقد أنه فى مرض الموت ، ثم شفى ، فله أن يطعن فى التصرف إما بالصورية وبأن حقيقته وصية وقد عدل عنها ، أو فى التعليل بالغلط إذا كان البيع محاباة منجزاً ، وذلك على أساس أنه وقع فى غلط فى الباعث إذ كان الدافع له على التصرف اعتقاده أنه كان فى مرض الموت .

الوصية تسرى عليه . أما هنا فالنص عام ولايقتصر على البيع ، بل هو يشمل كل تصرف صدر فى مرض الموت أيا كانت التسمية التى أعطيت لهذا التصرف . ومن ثم يدخل ، إلى جانب البيع ، الهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات . فاذا وهب المورث عيناً ، أو أقر بدين عليه[1] ، أو أبرأ مديناًله ، وصدر التصرف والمورث فى مرض الموت ، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية . فلا تنفذ الهبة ولاالإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا فى ثلث التركة ، مالم تجز الورثة ما يجاوز الثلث فى كل ذلك .

وعبء إثبات أن التصرف قد صدر فى مرض الموت يقع على الورثة . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن ، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية[2] . فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الحاصل فى مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره فى حكم الوصية ، فينفذ فى ثلث التركة (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٧) .

(٢) ومتى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر فى مرض الموت ، وأصبحوا من الغير فى هذا التصرف ، فلا يسرى فى حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه . أما إذا كان التصرف صورياً صورية مطلقة وطعن فيه الورثة بالصورية لا بأنه وصية مستترة ، فان الورثة لا يعتبرون فى هذه الحالة من الغير ، وإنما يستمدون حقهم من مورثهم ، فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر ، إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه ، وإن كان ظاهره بيعاً منجزاً ، إلا أنه فى حقيقته وصية إضراراً بحقه فى الميراث ، أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية . لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة ، حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها التحايل على قواعد الإرث . أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة ، فان حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمده من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٢ – ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٨٢٤ – ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ .

الأدلة (١) . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ مدنى سالفة الذكر : « ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » . والمقصود بالسند هنا هو سند التصرف الصادر من المورث ، فإذا حمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً فى وقت سابق على مرض الموت ، كان هذا التاريخ حجة على الورثة . ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمداً وأن التاريخ الحقيقى لصدور السند يقع فى وقت كان المورث فيه مريضاً مرض الموت ، فقدم التاريخ ليخفى هذه الحقيقة . ويكون للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق وتدخل فيها البينة والقرائن بالرغم من أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب ، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق(٢) . ومن هذا نرى أن عبارة النص غير دقيقة ، إذ هى تقول إنه لا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وقد رأينا أن التاريخ ، حتى لو لم يكن ثابتاً ، يحتج به على الورثة ، وإنما يكون لهم إثبات العكس كما قدمنا . وقد سبق أن استظهرنا عدم دقة النص عند الكلام فى التاريخ الثابت فى الأوراق العرفية فى الجزء الثانى من الوسيط ، فقلنا فى هذا الصدد : « فالأصل أن الوارث يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه ، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن

---

(١) ومن القرائن على صدور التصرف فى مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشترى ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلا تاماً (استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦). ولا مانع من الطعن فى التصرف بأنه صادر فى مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٩٥ ص ٩٩٦) . وانظر فى إثبات مرض الموت الوسيط ٤ فقرة ١٨٠ .

(٢) نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٦ – ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٤ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٧ – ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٨ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٥ – ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٠ .

إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو فى مرض الموت ، كانت له مصلحة فى إثبات عدم صحة التاريخ ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، لما ينطوى عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصى فى الميراث . إلى هنا ونص التقنين الجديد مستقيم . لكن تأتى بعد ذلك العبارة الأخيرة : ولا يحتج على الورثة بتاريخه إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وهى عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها بها – كما هو ظاهر العبارة – أن التاريخ العرفى للتصرف الصادر من المورث لايحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ؛ وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها – كما هو التأويل المستخلص من سياق النص – أن التاريخ العرفى لايحتج به على الوارث إلى الحد الذى يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح . ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهى فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفى حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ» [1] .

٨٣ – **الشرط الثانى التصرف مقصود به التبرع** : ويجب أيضاً أن يكون التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت قد قصد به التبرع . ذلك أنه من المحتمل ، وإن كان هذا نادراً ، أن يكون المورث قد تصرف فى مرض موته معاوضة لا تبرعاً . وأكثر ما يقع ذلك فى عقد البيع . فان كان الثمن لامحاباة فيه فان البيع ينفذ فى حق الورثة ، وتسرى عليه أحكام البيع لاأحكام الوصية . أما إذا كان فى الثمن محاباة ، فهذه المحاباة وحدها هى التى تسرى عليها أحكام الوصية . وقد نصت المادة ٤٧٧ مدنى على أنه : « ١ – إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع ، فان البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركة داخلا فيها البيع ذاته . ٢ – أما

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٩ – ص ٢١٠ – وانظر فى تفصيل هذه المسألة نفس المرجع فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ – ص ٢١٢ .

إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما بقى بتكملة الثلثين » .

وعبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة كما يقع العبء عليهم فى إثبات أن التصرف صدر فى مرض الموت . وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف . ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر فى مرض الموت ، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع . فالإنسان لا يتصرف فى مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ، ويندر أن يكون فى تصرفه والموت ماثل أمام عينيه قد قصد المعاوضة . على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث . فاذا أثبت ذلك ، وكان فى التصرف مع ذلك محاباة له ، فان هذه المحاباة وحدها هى التى تسرى عليها أحكام الوصية كما سبق القول .

٨٤ – الحالة الثانية – التصرفات التى يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته – نص قانونى : تنص المادة ٩٢٧ مدنى على ما يأتى :

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك » (١)

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٩ – ص ٣٠١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن كثيراً من أحكام القضاء كان يقضى بهذا المعنى على أساس القرينة القضائية .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٧٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

وهنا نرى أن تصرف المورث لم يصدر فى مرض موته ، بل صدر وهو فى صحته . ولكن المورث لم يطلق التصرف . بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين : حيازة العين وحقه فى الانتفاع بها مدى حياته . فاذا باع المورث مثلا دارا لأحد ورثته ، واحتفظ بحيازته للدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته ، اقترب هذا التصرف كثيراً من الوصية . صحيح أن التصرف لم يصدر فى مرض الموت ، ولكن احتفاظ المورث بحيازة الدار وبالانتفاع بها طول حياته . بحيث لاينتفع الوارث بالدار ، بل ولايحوزها ، إلا عند موت المورث . كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث فى منزلة الموصى له لافى منزلة المشترى . فالموصى له هو أيضاً لايحوز العين الموصى بها ، ولاينتفع بها ، إلا عند موت المورث (١) .

وقد كان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى القديم ، يجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية (٢) ، لاسيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشترى فى الرقبة

(١) ومتى تبين أن البيع حقيقته وصية مستترة ، كان منعدماً بوصفه بيعاً ، فلا يكون لتسجيله أثر ، ولا يرد عليه التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية ، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية ، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلا ، كما أنه لا يحول دون الطعن فى العقد بأنه يخفى وصية . ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه فى المادة ١٤٠ مدنى . ولا يقدح فى ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتنافى مع إمكان إجازة التصرف من الورثة ، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعاً ، وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية ، وفى هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التى يجيزها الورثة (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣) - والأدق أن يقال ، فى رأينا ، ألا وجود للبيع أصلا فهو منعدم ، لا أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً . ذلك لأن البيع الذى يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسرى عليها جميع أحكام الوصية ، أما البيع الظاهر فهو صورى لا وجود له .

(٢) ولكن القضاء كان حراً فى أن يأخذ بهذه القرينة أولا يأخذ ، إذ كانت مجرد قرينة قضائية . وقد قضت محكمة النقض بأنه كان من المقرر فى ظل القانون الملغى أن الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات . فعبء الإثبات كان على من يطعن فى التصرف ، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه . والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أولا يأخذ ، لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) .

طول حياة البائع . وصحب ذلك عدم تسجيل عقد البيع[١] .

وقد وضع المشروع التمهيدى لنص المادة ٩١٧ مدنى سالفة الذكر فى وقت كانت الوصية للوارث فيه محظورة . وكان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم فى صورة بيوع يحتفظون فيها بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة . وقد تضاربت أحكام القضاء فى تكييف التصرف على هذا النحو . هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مستترة[٢]. فحسم المشروع هذا الخلاف بأن قرر أن هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يقم دليل على غير ذلك . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع : « كثيرا ما يلجأ المورث ، وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه ، إلى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر ، كبيع أو هبة . ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها ، إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة ،

---

(١) نقض مدنى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ – ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ – ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ – أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ – ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ – استئناف مصر ١٩ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩ ص ١٢ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٥٠ ص ٣٢٧ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ – ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٢٧ ص ١٧٢ – ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ – ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٣ ص ٢٠٩ – استئناف أسيوط ١٦ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٤ ص ٦٣٥ – ومع ذلك أنظر نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٥٠ رقم ٣٧ – ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٤ – ٨ مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٢ – ١٨ أبريل ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ – ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ – استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ – ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٦ ص ٩١٧ – ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٩٤ ص ١٠٩٠ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤١ ص ٨٧٥ .

(٢) أنظر فى هذه الأحكام المتضاربة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٧ ص ٩٢٩ – ص ٩٣٢ ؛ وفى الضوابط التى استخلصت من هذه الأحكام نفس المرجع فقرة ٨٢٧ ص ٩٢٣ .

أو من أى طريق آخر . وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضاربا كبيرا ، حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة . فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يقم دليل على غير ذلك . وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقا على الواقع ، وترك الباب مفتوحا لإثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة . ويلاحظ أنه إذا فتح باب الوصية للوارث قلت المنازعات كثيراً فى هذ الشأن ، ولم تعد الناس فى حاجة للاحتيال وتسمية الوصية الصادرة للوارث باسم آخر » (١) . وقد فتح باب الوصية فعلا للوارث ، فى الفترة ما بين وضع المشروع التمهيدى والمراحل التشريعية التالية للتقنين المدنى ، إذ أجا قانون الوصية الصادر فى سنة ١٩٤٦ كما رأينا الوصية للوارث . ومع ذلك بقى نص المشروع التمهيدى على حاله ، واستقر نصا من نصوص التقنين المدنى (٢) .

وقد عرض هذا النص لتصرف المورث « لأحد ورثته » ، لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له . فاذا تصر المورث لغير الوارث بأن باع مثلا له دارا واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠١ .

(٢) وقد حاولنا تبرير ذلك فى الجزء الأول من الوسيط إذ قررنا « ويبرر ... القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدى فى الغا إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما ك أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء لوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القا ليصحح وصايا لها ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجز أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لا على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث . فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المست (الوسيط ١ طبعة أولى فقرة ٣٨٨ فى أسفل ص ٥٩٨) .

والواقع من الأمر أن الوصية المستترة لا يزال لها محل حتى بعد أن جازت الوصية للوار فالوصية للوارث لا تنفذ بغير إجازة باقى الورثة إلا فى ثلث التركة . ويقع أن المو لا يكون له ابن يرثه . فيلجأ إلى الوصية المستترة حتى يعطى لبنته أو لزوجته كل ما ولا يقنع بوصية سافرة لا تنفذ إلا فى ثلث التركة .

بها طول حياته ، ألا يجوز فى هذا الفرض إعمال القرينة القانونية التى وردت فى النص واعتبار التصرف وصية حتى يقوم الدليل على العكس ؟ لا شك فى أن هناك ظروفا تدفع المورث إلى الإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة ، كما لو كان ورثته من غير الأقربين وكانت علاقة قوية تربطه بأجنبي يؤثر معها أن يوصى له بكل ماله أو بأكثره ، فيلجأ فى هذه الحالة إلى الوصية المستترة . ونرى أن الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع مدى الحياة . فى التصرف لغير الوارث ، إذا لم يصلح قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة مطاوعة لحرفية النص . فلا أقل من اعتباره قرينة قضائية . وسواء اعتبر قرينة قانونية أو قرينة قضائية ، فهو فى الحالتين يقبل إثبات العكس .

وقد جعل النص من احتفاظ المورث فى تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقه فى الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة (١) . ويحتفظ المورث بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة

---

(١) وهذا لا يمنع من قيام قرائن قضائية على أن التصرف وصية مستترة فيؤخذ بها ، إذ يجوز للطاعن فى هذه الحالة إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات بما فى ذلك القرائن القضائية ، وليس من الضرورى قيام هذه القرينة القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقاً فى ماله ينحجر به المورث عن التصرف بالوصية ، لوارث آخر . وهذا الحق يكون كامناً ولا يظهر فى الوجود ، ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث فى كل ما يطعن به على تصرفات المورث الماسة بحقه ، وتنطبق عليه كما تنطبق على الأجنبى عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث ، فيحل له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات . فاذا كان مدار النزاع أن المدعى عليهم فى الطعن يطعنون على السند الذى تستمسك به الطاعنة بأنه تصرف إنشائى من المورث أخرجه فى صيغته مخرج تصرف إقرارى بقصد إنشاء وصية للطاعنة مع أنها من ورثته الذين لا يصح الإيصاء لهم إلا بإجازة سائر الورثة ، وقدم خصوم الطاعنة وهم من الورثة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه وصية لم يجزها سائر الورثة ، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند ، فلا تثريب عليها فى ذلك (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٢٠٨ رقم ٣٣). وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التى أوردها والتى من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فانه إذ تنفى للمطعون عليه بنصيبها الشرعى فى =

بطرق مختلفة . والطريقة المألوفة هي أن يشترط لنفسه فى عقد بيع يصدر منه

= العقارات موضوع النزاع لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه لما كان للوارث أن يثبت طعنه فى العقد الذى قصد به الإضرار بحقه فى الإرث بأى طريق من طرق الإثبات المقبولة قانوناً ، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد فى العقد من القرائن القائمة فى الدعوى ، ولو أدى ذلك إلى إهداره إقرار المتصرف فى العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال إنه فى ذمته لمورث المشترين (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧) . وانظر أيضاً فى نفس المعنى نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٤ — ١١ نوفبر سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٣ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٩ — ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢١ — ١١ مايو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٥ — ١٨ يناير سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٣ — ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ص ٨٢٤ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٨٤ — ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٧ ص ٩٨١ — ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣ .

وانظر فى تصرفات كيفت بأنها وصايا مستترة لقيام قرائن قضائية تثبت ذلك : نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٩ (حصلت المحكمة فهم الواقع فى الدعوى من دليل مقبول ينتجه عقلا وذكرت القرائن التى استدلت بها على أن البيع حقيقته وصية مستترة) — ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٦ (القرائن هى عدم تسجيل العقد ، وعدم دفع الثمن ، وبقاء العقد فى حوزة المتصرف حتى وفاته) — ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١٠ (العقار لم يخرج من حيازة المتصرف طول حياته ، ولم يدفع ثمن عن التصرف ، والعقد عرفى لم يسجل) — ١١ مارس سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١١ (ورقة ضد بنفس تاريخ السند تضمنت تعهد المشترى بعدم المساس بملكية الأطيان طول حياة والديه البائعين له ، ثم بعد وفاتهما يكون لأخواته نصيب معين فى الأطيان — عدم دفع شىء من الثمن — سبب البيع هو استكمال الابن النصاب القانونى للعمودية) — أول ابريل سنة ١٩٤٣ (نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٥ (قصد المتصرف أن يختص بعض أولاده دون غيرهم بكل ما يترك من عقار ومنقول — لم يسجل سند التصرف واحتفظ به المتصرف طول حياته — التصرف بغير عوض — سند مماثل لسند التصرف محرر فى نفس اليوم ولكن لم يبين فيه الثمن) — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٨ (بقاء العقد فى حوزة المورث بغير تسجيل حتى الوفاة — عدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من خمس سنوات — بقاء المورث متمتعاً بكل مظاهر الملكية : التأجير باسمه وبوصفه مالكاً ودفع الديون العقارية — فقر المتصرف له) — ٩ نوفبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٩ (المتصرف له لم يدفع ثمناً — العقد وجد فى خزانة المتصرف بعد وفاته — قبض =

أرباح السنوات التى استحقت بعد صدور العقد) - أول يونية سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢١ (باعت الزوجة لزوجها أرضاً ولكنها تصرفت بعد موته فى حصة أكبر مما ترثه من الزوج ، ثم تصرفت فى حصة أخرى مما دل على أنها لم تعتد بالبيع الذى صدر منها لزوجها)-٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٣ (زوجة باعت لزوجها كل ما تملكه - لم تسجل العقود - استمرت الزوجة واضعة يدها ظاهرة بمظهر المالك - عدم دفع ثمن) - ٦ مارس سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٧ رقم ٢٥ (صدور العقد من أب إلى ابنه فى مرضه الأخير بغير مقابل إيثاراً له على بناته - احتفاظ الأب بحق الانتفاع طول حياته - بخس الثمن) - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٢ (عدم دفع ثمن المبيع - منع المشتريين من التصرف طول حياة البائع وعدم إلزامهما بدفع الأموال) - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٥ (المورث لم يكن فى حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً ، وظل واضعاً يده حتى الوفاة ، واحتفظ بعقد البيع دون تسجيل) - هذا ولا يكفى مجرد الطعن فى التصرف لإهدار حجيته ، بل يجب على الطاعن أن يقيم الدليل بأى طريق من طرق الإثبات على أن التصرف حقيقته وصية : أنظر نقض مدنى ٢٤ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٩٣ ص ١٢٣٥).

وانظر فى تصرفات لم تكيف بأنها وصايا مستترة لعدم قيام قرائن قضائية كافية تثبت ذلك : نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٥ (حررت والدة لابنها سنداً بدين يستحق الوفاء وقت الطلب وسلمته إياه ، ووجد السند بمنزل الابن عند حصر تركته) - أول فبراير سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٨ رقم ٢٧ (ببيع منجز ووضع المشترى يده على المبيع ونص فى العقد على أن له حق التصرف فيه - التزام البائع بالضمان - سجل العقد قبل وفاة البائع) - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٨ (حرر المورث السند قبل الوفاة بنحو عشر سنوات ، وسلمه للصادر لها ، ونص فيه على سريان الفوائد) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٢ (بيع منجز من والد لأولاده ، واشترط فيما بعد وجوب موافقة البائع على تصرف الأولاد فى البيع وذلك على أثر رفع الأولاد على أبيهم دعوى بصحة التعاقد ، وكان ذلك تفادياً للاستمرار فى التقاضى) - ٤ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٢٩ (تسلم المشترى العقد الابتدائى وشرع فى التسجيل) - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ (أبيح لوارث الإثبات بجميع الطرق فلم يستطع تقديم الدليل على أن التصرف وصية) - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ (عجز المدعى عن نفى تنجيز التصرف فاعتبر بيعاً أوهبة مستورة) -٢٤ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص٨٠٨(لا يكفى إثبات أن المشترى ابن البائع وكان يقوم بمعاونة والده فى زراعة الأرض حتى وفاته وأن عقد البيع لم يسجل) .

فى الرقبة . وبذلك يبقى حائزا للعين باعتباره منتفعا لا مالكا ، ويبقى حائزا لها مدى حياته . دون حاجة إلى تتبع حقه فى الانتفاع فى يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف فى الرقبة (١) . ويصح ، للاحتفاظ بحيازة العين المبيعة وبالانتفاع بها مدى الحياة ، أن يلجأ إلى طريقة أخرى وإن كانت غير مألوفة . وذلك بأن يستأجر العين مدة حياته من المشترى ، بأجرة يحصل على مخالصة بها دون أن يدفع شيئا (٢) . وقد علمنا عند الكلام فى عقد الإيجار أن الإيجار لمدة حياة المستأجر جائز (٣) ، وأن الإيجار صحيح حتى لو نزل المؤجر عن الأجرة بعد أن ثبتت له فى ذمة المستأجر (٤) ، فأولى أن يكون صحيحا لو أعطى المؤجر للمستأجر مخالصة بالأجرة المستحقة عن مدة الإيجار بأكملها . ويتمكن المورث بهذه الطريقة من أن يستبقى حيازة العين فى يده وأن ينتفع بالعين مدى حياته . وذلك بموجب عقد الإيجار . أما مجرد الانتفاع الفعلى الذى لا يستند إلى حق قانونى فلا يكفى لقيام القرينة القانونية ، إذ لا يكون زمام الانتفاع بالعين فى هذه الحالة فى يد المتصرف ، بل يكون موكولا إلى مشيئة المتصرف إليه ، فيستطيع أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى أراد (٥) .

---

(١) ويبدو أن احتفاظ المورث حق الانتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية ، فهو يتضمن اشتراطه الانتفاع بالعين مدى الحياة واستبقاء الحيازة فى يده بصفته منتفعاً . وقد يضيف إلى ذلك عدم تسجيله للبيع وتصرفه فى العين تصرف الملاك ، فيكون بذلك قد قوى القرينة ودعمها .

(٢) وعليه و هذه الحالة أن يسجل عقد الإيجار لاحتمال أن تزيد مدته على تسع سنوات ، وكذلك المخالصة بالأجرة لاحتمال أن تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، وذلك حتى يكون كل من عقد الإيجار والمخالصة نافذاً فى حق الغير .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ١١٦ ص ١٤٥ .

(٤) الوسيط ٦ فقرة ١٢٨ ص ١٦٥ هامش ٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من الاحتفاظ بالحق فى الانتفاع وفقاً للمادة ٩١٧ مدنى هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه . ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو عن طريق آخر مماثل . ومن ثم لا يكفى لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف ، إذ يكون الحق فى الانتفاع فى هذه الحالة مقرراً ـ

والاحتفاظ بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة(١) ؛ وإن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة ، ليس بالقرينة القاطعة . بل يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحض هذه القرينة بإثبات العكس (٢) ، ولو عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة . فيصح أن يثبت المشترى من

— لهذا الغير . كما لا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته ، دون أن يكون مستنداً فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقاً فى الانتفاع . ومفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ مدنى هو أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين ، أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها ، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ، ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه ، فان الحكم يكون قد نفى احتفاظ المورث بحقه فى الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تنتفى به القرينة القانونية الواردة فى المادة ٩١٧ مدنى (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ .

وإذا كان مجرد الانتفاع الفعلى الذى لا يستند إلى حق قانونى لا يكفى لقيام القرينة القانونية ، فانه يجوز للمحكمة مع ذلك أن تستخلص منه قرينة قضائية لا قرينة قانونية (إسماعيل غانم ص ٣٢ و ص ٣٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٨ ص ٨١٤) .

(١) ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث أو الدائن ، فعليه أن يثبت أن المورث قد احتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع مدى الحياة ، فتقوم القرينة . ويصح أن يطعن المورث نفسه فى التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية وقد رجع فيها ، فيقع عليه هو أيضاً عبء إثبات قيام القرينة القانونية ». ولما كانت هذه القرينة القانونية قد استحدثها التقنين المدنى الجديد ، فانها لا تكون ذات أثر رجعى ، ولا تسرى على التصرفات الصادرة من المورث قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٩) . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ مدنى مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى ، والقرينة التى استحدثتها هذه المادة ، لا تصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقاً ، لا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . ولكن يجوز للقاضى أن يتخذ منها ، فى هذه التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدنى الجديد ، مجرد قرينة قضائية .

(٢) نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ – ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ .

المورث أن التصرف الصادر له هو بيع منجز أو هبة منجزة مستترة فى صورة البيع ، وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت . وذلك بأن يثبت مثلا أن البيع قد سجل وقد نقل له التكليف ، وأن البائع قد نزل عن شرط المنع من التصرف ، وأن احتفاظ البائع بالحيازة يرجع إلى أن المشترى قاصر وقد باشر البائع الحيازة نيابة عنه باعتباره وليا ، وأن احتفاظ البائع بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

فاذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية باثبات عكسها على النحو سالف الذكر ، فان التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسرى عليه أحكام الوصية ، بل يعتبر بيعا منجزا أو هبة منجزة وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة [1] . وإذا لم يستطع من تصرف له المورث دحض القرينة باثبات العكس ، وهذا هو الغالب فى العمل ، بقيت القرينة قائمة ، واعتبر التصرف وصية مستترة تسرى عليها أحكام الوصية [2] . ومن ثم لا تنفذ فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوها ، ولا تسرى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن استظهرت أقوال الشهود إثباتاً ونفياً ، واستعرضت شروط التعاقد ، قدرت بسلطتها الموضوعية أن العقد جدى لا صورية فيه ، ورأت أن الادعاء بذلك لا تسمح به ظروف التعاقد ولا مركز الطرفين ، ثم استطردت إلى دفاع الطاعنين المتضمن عدم مقدرة الابن على الشراء وأن العقد غير منجز بسبب عدم وضع يد المشترى وأنه وصية عملا بالمادة ٩١٧ مدنى ، فردت عليه واعتبرت للأسباب السائغة التى أوردتها أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تمليك الابن الأطيان موضوع التصرف فى الحال ، وإن تراخى تسليمها إلى مابعد الوفاء بالثمن ، فان النعى على حكمها المطعون فيه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٣ يونيه سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٤٣٢) .

(٢) وحق الوارث فى الطعن فى تصرف المورث بأنه فى حقيقته وصية لا بيع وبأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث ، سواء لأن التصرف قد صدر فى مرض الموت أو لقيام قرائن قانونية أو قضائية على أنه وصية مستترة ، حق خاص مصدره القانون ، وليس حقاً يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث . ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه ، إذ يعد الوارث فى حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه فى الإرث (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥ .

فى حق دائنى التركة أصلا بل يقدم حق الدائن على حق الموصى له . ويجوز للموصى فى حال حياته أن يعدل عن الوصية ، فتسقط بالعدول عنها ، وكذلك تسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى[1] .

المبحث الثالث

شهر الوصية

٨٥ – خضوع الوصية للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقارى :
قدمنا[2] أن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ لم يجعل الوصية بالعقار خاضعة للتسجيل ، إذ أن التصرفات التى أخضعها للتسجيل هى التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . وقد كان عدم إخضاع الوصية وحق الإرث للشهر نقصا واضحا فى قانون التسجيل ، إذ أن ذلك كان يقطع حلقات تسلسل الملكية العقارية كما سبق القول [3] .

وقد تلافى هذا النقص قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ولا يزال معمول به حتى اليوم ، إذ أخضع كلا من الوصية بالعقار وحق الإرث للشهر .

فالوصية إذن ، كحق الإرث ، لا تخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقارى ، أى منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . وعلى ذلك فالوصية الصادرة من شخص توفى قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ لا تخضع للشهر .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف المقصود فى المادة ٩١٧ مدنى هو ما يرد على ملكية العين أو على حق عينى فيها . أما الإقرار المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلى ، وهى تقضى بأن يعتبر إقرار الواقف بإشهاد رسمى بتلقى العوض أو بثبوت الحق فيه حجة على ذوى الشأن جميعاً متى صدر فى خلال الثلاثين يوماً التالية للعمل بالقانون ، فإنما ينصب على تلقى العوض . ومن ثم لا يعتبر هذا الإقرار تصرفاً فى معنى المادة ٩١٧ مدنى ولا يخضع لحكمها (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٠ ص ٢٧٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

وتسرى على هذه الوصية ، من حيث عدم خضوعها للشهر ، أحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فتنتقل بها ملكية العقار الموصى به من الموصى إلى الموصى له وقت وفاة الموصى دون حاجة إلى التسجيل .

٨٦ — *كيف يتم شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى* : تنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى على ما يأتى : « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . ونرى من ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى قد نص صراحة على وجوب شهر الوصية بعقار ، باعتبار أنها تصرف من شأنه نقل ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له . وقد ذكر الوصية بالذات من بين التصرفات التى يجب شهرها ، حتى يزيل كل لبس فى هذه المسألة . فقد قدمنا أن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ لم يكن يخضع الوصية للشهر ، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فى حين أن التصرفات التى تخضع للتسجيل طبقاً لهذا القانون هى التصرفات فيما بين الأحياء . فأطلق قانون تنظيم الشهر العقارى لفظ « التصرفات » ولم يقيدها بأنها التصرفات فيما بين الأحياء ، ثم عاد فذكر الوصية بالذات كما قدمنا إمعاناً منه فى التأكيد بأن الوصية تخضع للشهر .

وتشهر الوصية بطريق التسجيل ، كما هو صريح النص . وتشهر بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له إياها ، إذ فى ذلك الوقت يتحقق أن الوصية تصرف نهائى من شأنه أن ينقل الملكية للموصى له . أما شهر الوصية عند صدورها وقبل وفاة الموصى فسيعرض عملية التسجيل للنقض إذا رجع الموصى عن الوصية ، إذ يجب عند ذاك التأشير على هامش التسجيل برجوع الموصى . كذلك يكون الأمر إذا شهرت الوصية بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى له إياها ، فقد يردها الموصى له وعند ذلك يجب التأشير على

هامش التسجيل بالرد . ومع ذلك يجوز للموصى أن يسجل الوصية باختياره بعد صدورها وقبل وفاته حتى يؤكد وجودها ويعلنه ، فاذا لم يؤشر على هامش التسجيل برجوع الموصى عنها أو برد الموصى له إياها ، بقى التسجيل نافذ المفعول وانتقلت الملكية إلى الموصى له عند وفاة الموصى[1] .

والذى يقوم بتسجيل الوصية هو الموصى له بعد وفاة الموصى ، وقد يقوم بتسجيلها الموصى فى حياته كما قدمنا

والمحرر الذى يسجل هو السند المثبت للوصية ، أى الورقة الرسمية التى حررت لإثبات الوصية ، أو الورقة العرفية المصدق فيها على إمضاء الموصى ، أو الورقة العرفية المكتوبة كلها بخط الموصى والموقع عليها بامضائه . وقد يقوم نزاع فى شأن الوصية ، فيستصدر الموصى له حكما نهائيا بصحتها ، ويقوم بتسجيل هذا الحكم .

ويدفع رسم نسبى عن تسجيل الوصية ، هو نسبة مئوية من قيمة العقار الموصى به وقت التسجيل . ويتم التسجيل فى مكتب الشهر الذى يوجد العقار الموصى به فى دائرته .

وجزاء عدم تسجيل الوصية هو ، كما تقول المادة ٩ من قانون الشهر العقارى سالفة الذكر ، أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهى لا تنتقل بين ذوى الشأن ، فتبقى فى التركة عند الورثة ، ولا تنتقل إلى الموصى له[2] . وهى لا تنتقل بالنسبة إلى الغير ، فلو أن الورثة رتبوا على العقار الموصى به حقا عينيا وسجل هذا الحق قبل تسجيل الوصية ، لم يجز الاحتجاج بالوصية على من ترتب له الحق العينى وقام بتسجيله . وقد قدمنا عند الكلام فى شهر حق الإرث أن الموصى له إذا أشر بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث فى خلال السنة التالية لهذا التسجيل ، كان له أن يسجل الوصية فى خلال هذه السنة .

---

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٠١ ص ٦٥٠ – وسنرى أنه إذا توفى الموصى تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاته ولقبوله هو للوصية ، فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك فى هامش تسجيل الوصية (أنظر ما يلى فقرة ٨٧) .

(٢) ويترتب على ذلك أن الموصى له لا يستطيع التصرف فى العقار الموصى به قبل تسجيل الوصية .

فاذا قام بالتسجيل فى خلال هذه المدة ، كان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عينى على العقار الموصى به ، ولو سجل هذا الأخير حقه العينى قبل تسجيل الوصية[1] . أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة ، فالعبرة بتاريخ التسجيل ، ولا يحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تسجيله سابقا على تسجيل من ترتب له حق عينى على العقار الموصى به[2] . وتقول المادة ٩ من قانون الشهر العقارى سالفة الذكر أيضا إن الوصية غير المسجلة لا يكون لها من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . وعلى ذلك يكون هناك التزام شخصى على التركة بنقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له ، ويجوز لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الوصية ونفاذها على الورثة إذ هم الذين يمثلون التركة . ويسجل صحيفة الدعوى ، ومتى صدر الحكم بصحة الوصية ونفاذها أشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى .

٨٧ – إجراءات شهر الوصية طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى : نستعرض هنا أربع صور ، يختلف بعضها عن بعض فى إجراءات الشهر . فى الصورة الأولى تكون الوصية موثقة فى ورقة رسمية أو محررة فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء أو ختم الموصى ، ويقوم بتسجيلها الموصى له بعد وفاة الموصى وبعد أن يكون الموصى له قد قبلها . وفى الصورة الثانية تكون الوصية فى وضع الصورة الأولى ، ولكنها تكون محررة فى ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاؤه . وفى الصورة الثالثة يقوم الموصى نفسه فى حالة حياته بتسجيل الوصية ، سواء كانت الوصية موثقه فى ورقة رسمية أو محررة فى ورقة عرفية . أما الصورة الرابعة . فهى صورة الوصية الواجبة التى سبق بيانها[3] .

---

(١) إسماعيل غانم ص ١٥١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٤٠ وفقرة ٥٣٣ ص ٧٩٧ – ص ٧٩٨ – حسن كيرة ص ٤٢ .

(٢) قارن محمد كامل مرسى ٦ فقرة ٥٧ ص ٧٩ – ص ٨٠ – محمد على عرفة فى مقال له فى الجديد فى نظام الشهر العقارى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ ص ٥٦٧ – ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٩ .

١ – فى الصورة الأولى حيث يقدم الموصى له بعد وفاة الموصى بتسجيل الوصية الموثقة فى ورقة رسمية أو المحررة فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه ، وهذه هى الصورة الغالبة ، يقدم الموصى له إلى مكتب الشهر المختص ، وهو المكتب الكائن فى دائرته العقار الموصى به ، الورقة الرسمية أو الورقة العرفية محررة على الورق الأزرق . ويرفق بالوصية المستند المثبت لوفاة الموصى وإنحصار إرثه فى ورثته ، وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطار الجهات المختصة ، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائن فى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له .

٢ – وفى الصورة الثانية ، التى هى كالصورة الأولى ولكن الوصية فيها محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاؤه ، قد يستطيع الموصى له . أن يتفق مع ورثة الموصى على تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وباقرارها من ورثة الموصى . وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق ، وتتضمن القائمة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث . ويقدم الموصى له لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار الموصى به الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة باقرارها . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى له والورثة بمكتب الشهر المختص ، يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة . ثم يصور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد ، وتخطر الجهات المختصة ، وكذلك تخطر المحافظة المختصة لنقل التكليف من اسم المورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به ، ولاسم الورثة بالقدر الباقى بعد الوصية .

وإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة . فعليه أن يستصدر حكما من المحكمة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها . ويسجل

عريضة الدعوى ، كما يؤشر بمضمونها على هامش تسجيل حق الإرث . وعليه ، عند صدور الحكم بصحة الوصية ونفاذها ، أن يؤشر به على هامش تسجيل عريضة الدعوى . وبذلك يتم تسجيل الوصية ، وتنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى بهذا التسجيل ، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من يوم التسجيل .

٣ – وفى الصورة الثالثة حيث يقوم الموصى نفسه فى حالة حياته بتسجيل الوصية ، يقدم هذا الأخير لمكتب الشهر الكائن بدائرته العقار الموصى بهمحرر الوصية بعد توثيقه أو بعد التصديق على التوقيع فيه . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات والتأشير بها على محرر الوصية ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل هذا المحرر . ولكنه يمتنع عن التأشير عليه بخاتم ناقل للتكليف ، لأن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند وفاة الموصى . فاذا ما توفى الموصى ، تقدم الموصى له بالمستندات المثبته لوفاته ولقبوله هو للوصية . فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك فى هامش تسجيل الوصية وباخطار الجهات المختصة ، وكذلك باخطار المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم الموصى له (١) .

٤ – وفى الصورة الرابعة وهى صورة الوصية الواجبة ، إذا وجد أصحاب وصية واجبة وقد سبق بيان من هم (٢) ، يبدأ بتحديد نصيبهم فى قائمة الجرد الخاصة بشهر حق الإرث ، وما يتبقى يكون تركة لباقى الورثة يوزع بينهم بحسب أنصبتهم فى الميراث ويبين ذلك فى قائمة الجرد .

---

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى : «كان الأصل أن يحصل الموثق عند توثيق الوصية أو التصديق على التوقيع عليها رسوم انتقال كاملة . . ، شأنها فى ذلك شأن باقى المحررات الخاضعة للشهر . ولكن رأى المكتب الرئيسى ، نظراً لإمكان عدول الموصى عن وصيته حال حياته ، أن يكتفى بتحصيل رسم التصديق أو رسم التوثيق . . فاذا تمت الوصية بوفاة الموصى وقبول الموصى له صراحة أو ضمناً ، كلف بأداء رسوم انتقال الملكية . . ومع ذلك فلا مانع من تحصيل جميع رسوم الشهر إذا مارغب الموصى فى ذلك ، إذ قد يكون غرضه أداء الرسم مقدماً نيابة عن الموصى له ، توفيراً لما قد يكلفه هذا من أعباء مالية» (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٢٨١) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٩ .

ويقدم الإعلام الشرعي المثبت لوفاة المورث وانحصار إرثه في ورثته أو ما يقوم مقام هذا الإعلام لمكتب الشهر المختص . ومعه قائمة الجرد . وذلك بعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات . فيقوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الجرد وتصويرهما . وإرسال الصور للجهات المختصة : ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورثة المورث [١] . ولا يستحق على شهر الوصية الواجبة أو الحكم المثبت لها أى رسم نسبي على انتقال الملكية . إذ أن أصحاب الوصية الواجبة ملحقون بالورثة ، فلا يدفعون الا رسم التصوير ورسم الحفظ [٢] .

٨٨ – شهر الوصية في قانون السجل العيني : وقد قدمنا أن قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ لا يطبق إلا في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل . وأنه إلى اليوم لم يصدر قرار بتعيين أى قسم مساحي يسري عليه هذا النظام . ولذلك فإن قانون تنظيم الشهر العقاري لا يزال هو القانون المعمول به في جميع أنحاء البلاد[٣] .

ونورد هنا النص الخاص بشهر الوصية في قانون السجل العيني ، وهو مماثل لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري التي أسلفنا ذكرها [٤] ، فتنص المادة ٢٦ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبته لشيء من ذلك ، يجب قيدها

---

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : « وإذا كان الإعلام الشرعي خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجبة ، وجب عليهم استصدار حكم شرعي باستحقاقهم . وهذا الحكم يخضع للشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل حق الإرث ، الذى يجب أن يبادر إلى تسجيله أصحاب الحق في الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم ، والتأشير على هامشه بصحيفة الدعوى المقامة باثبات أحقيتهم لنصيبهم في التركة » (محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعملا ص ٢٨٣) .

(٢) أنظر في إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون الشهر العقاري محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعملا ص ٢٨٠ – ص ٢٨٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٨٦ .

فى السجل العينى . ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . وقد نص قانون السجل العينى . كما نص قانون تنظيم الشهر العقارى . صراحة على وجوب شهر الوصية .

ويتم قيد الوصية فى قانون السجل العينى بطريقة مماثلة للطريقة التى يتم بها تسجيلها فى قانون الشهر العقارى . من حيث الوقت الذى يتم فيه القيد . وتعيين من يقوم بالقيد . والمحرر الذى يقيد . وجزاء عدم القيد ، وقد بسطنا ذلك فيما تقدم[1] .

وأهم فرق بين القانونين هو أن التسجيل فى قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة . أما القيد فى السجل العينى فله هذه الحجية ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العينى على أن « يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٨٦ .

الباب الثالث

كسب الملكية

فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الالتصاق

٨٩ – مقومات الالتصاق وتكييفه القانونى : الالتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر . ومملوكين لمالكين مختلفين . دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج .

ويجب فى الاندماج أن يكون بحيث يتعذر الفصل ما بين الشيئين . دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما . فالكنز المدفون فى الأرض لا يعتبر ملتصقا بها . إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يلحق بأى منها . وإذا كان صاحب الأرض يتملك الكنز فى القانون المصرى ، فانه لا يتملكه بسبب الالتصاق ولكن بحكم القانون [١] .

ويجب أن يكون الشيئان متميزين أحدهما عن الآخر . فالإصلاحات أو التحسينات التى يجريها الحائز فى ملك غيره لا تعتبر شيئا متميزا عن الشىء الذى يجرى فيه الإصلاح أو التحسين . ومن ثم لا تسرى عليها أحكام الالتصاق . بل تسرى عليها أحكام المصروفات (م ٩٨٠ مدنى) [٢] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢ ص ٤١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢ ص ٤١ – وتقضى المادة ٩٨٠ مدنى فى المصروفات الضرورية بأن يردها المالك كلها للحائز . وفى المصروفات الكمالية بأن يكون للمالك الخيار بين المطالبة بنزعها أو دفع قيمتها مستحقة الإزالة . أما فى المصروفات النافعة ، فتحيل المادة ٩٨٠ مدنى على أحكام الالتصاق ، وتميز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية طبقاً لهذه الأحكام

كذلك الثمار التي تتولد من الشيء ، سواء كانت ثمارا طبيعية أو مستحدثة أو مدنية . ليست متميزة عن الشيء مستقلة عنه بل هي متولدة منه ، ولذلك لا تسرى عليها أحكام الالتصاق ، بل تسرى عليها أحكام الثمار (م ٩٧٨ – ٩٧٩ مدنى) . وكالثمار المنتجات . إذ منتجات الشيء جزء منه ، وليست شيئا مستقلا عنه .

ويجب أن يكون الشيئان مملوكين لمالكين مختلفين . فلو أقام شخص بماله بناء فى أرضه لم يملك البناء بالالتصاق ، وإنما يملكه من الأصل إذ أقامه بماله . وإذا وجد فى أحوال الالتصاق ، كما سنرى ، حالة يبدو فيها لأول وهلة أن أحد الشيئين غير مملوك لأحد . وهى حالة الأرض التى تتكون من طمى النهر إذ قد يقال إن الطمى لا يملكه أحد . فالصحيح أن الطمى قبل أن يملكه المالك المجاور بالالتصاق كان ملكا عاما فهو ملك الدولة [1] . وقد تحول إلى ملك خاص وتملكه المالك المجاور بالالتصاق . ولو كان الطمى غير مملوك لأحد ، لوجب القول بأن المالك المجاور يتملكه بالاستيلاء لا بالالتصاق .

ويجب أخيرا ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين السابقين سابق على الاندماج ، فالصانع إذا أخذ من رب العمل المادة التى يستخدمها وأدمج فيها مادة من عنده فأصبحتا شيئا واحدا . ملك رب العمل هذا الشيء بعقد المقاولة لا بالالتصاق ، لسبق وجود اتفاق بين المالكين .

والالتصاق ، على هذا النحو ، هو واقعة مادية تكون سببا لكسب الملكية . فاندماج أحد الشيئين فى الشيء الآخر ، وهذه هى الواقعة المادية . تكسب ملكية أحد الشيئين لمالك الشيء الآخر . ذلك أن الشيئين بهذا الاندماج قد أصبحا شيئا واحدا . إذ يتعذر الفصل فيما بينهما دون تلف كما سبق القول . ولما لم يكن هناك اتفاق سابق بين المالكين على من منهما يملك هذا الشيء بعد الاندماج . فقد كان يمكن القول إن الشيء يكون

(١) وقد قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط أن الأملاك العامة يثبت فيها للدولة حق ملكية

مملوكا لهما على الشيوع ، كل بنسبة قيمة الشيء الذي كان يملكه مفرزا . ولكن هذا الحل غير مناسب من الناحية الاقتصادية في أكثر الأحوال ، ولذلك تدخل القانون فأسند ملكية الشيء كاملا بعد الاندماج إلى أحد المالكين ، إلا في حالات استثنائية أوجب فيها الفصل فيما بين الشيئين ولو أدى هذا الفصل إلى إتلاف أحدهما . واختار من المالكين مالك الشيء الأصلي فجعله مالكا للشيء التابع الذي اندمج في الشيء الأصلي ، على أن يعوض مالك الشيء التابع عن فقد ملكيته . وهذا هو الحل المعقول ، فمالك الأصل هو الذي يملك التبع [1] . بقي أن نعرف كيف ميز القانون بين الشيء الأصلي والشيء التابع . لم تقم هناك صعوبة في أهم صور الالتصاق وهي صور الالتصاق بالعقار . فهذه الصور كما سنرى ، يلتصق فيها منقول [2] بالأرض . فاعتبرت الأرض هي الشيء الأصلي في جميع هذه الصور ، حتى لو كانت أقل قيمة من المنقول الذي التصق بها ، كما لو أقيم بناء ضخم على أرض قيمتها أقل بكثير من قيمة البناء . أما في صور الالتصاق

(١) وإذا كان الشيء الأصلي محملا بحق انتفاع أو بحق ارتفاق أو كان له حق ارتفاق ، فانه عندما يندمج فيه التبع يمتد إلى التبع حق الانتفاع أو حق الارتفاق سلبياً كان أو إيجابياً ، لأن الأصل والتبع يصبحان شيئاً واحداً (شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤) .

(٢) والمألوف أن يقسم الالتصاق بالعقار إلى حالتين : حالة التصاق عقار بعقار في التصاق الطمي بالأرض المجاورة . وحالة التصاق منقول بعقار في التصاق المنشآت بالأرض . فتكون هناك أحوال ثلاث للالتصاق : التصاق عقار بعقار ، والتصاق منقول بعقار . والتصاق منقول بمنقول (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧ – شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣١) .

والصحيح أن حالة التصاق الطمي بالأرض المجاورة لا تعدو أن تكون حالة التصاق منقول بعقار ، فالطمي قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو في حالة تراكمه قد تحول من عقار إلى منقول ، ثم التصق بالأرض فأصبح عقاراً بطبيعته ، شأنه في ذلك شأن مواد البناء كانت منقولا ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقاراً (أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٩ ص ٢٩١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠ – إسماعيل غانم ص ٥٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨١ هامش ١ – حسن كيرة ص ٥٨) . فلا يكون هناك إذن إلا حالتان للالتصاق : (١) التصاق منقول بعقار ، وهذا الالتصاق إما أن يكون التصاقاً طبيعياً بفعل المياه وهو التصاق الطمي بالأرض ، أو التصاقاً صناعياً بفعل الإنسان وهو التصاق المنشآت بالأرض . (٢) التصاق منقول بمنقول . وعلى ذلك يكون الشيء الذي التصق بغيره ، وأصبح مملوكاً بسبب الالتصاق منقولا على الدوام .

بالمنقول وهى صور نادرة . فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة مسترشدة بقواعد العدالة . ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث . وحالة الطرفين ، وحسن نية كل منهما » (م ٩٣١ مدنى) . فاذا استطاع القاضى أن يميز الشىء الأصلى من الشىء التابع . ولم تحل قواعد العدالة أو الظروف المحيطة بالمالكين ، وبخاصة ظرف سوء النية . دون أن يجعل مالك الشىء الأصلى هو المالك للشىء التابع ، فعل ذلك . وقد يجعل ، عند عدم استطاعة التمييز بين الأصل والتبع . الشىء مملوكا على الشيوع للمالكين معا .

فالقاعدة إذن أن مالك الشىء الأصلى هو الذى يملك الشىء التابع ، ويملكه بسبب واقعة مادية هى واقعة الالتصاق . ولا يجوز الخلط ، كما قدمنا ، بين تملك المالك للثمار المتولدة من الشىء وتملكه للشىء التابع بسبب الالتصاق . فلكية الثمار ليست ملكية جديدة . بل هى ملكية متفرعة عن ملكية الشىء الذى تولدت منه الثمار . فيمتد حق الملكية من الشىء إلى ثماره . أما الملكية بسبب الالتصاق فلكية جديدة مستقلة عن ملكية الشىء الأصلى ، كسبت بموجب سبب مستقل قائم بذاته هو الالتصاق . فالمالك بالالتصاق قد كسب ، بسبب جديد ، ملكية جديدة . أما مالك الثمار فلم يتملكها بسبب جديد بل ملكها بموجب ملكيته الأصلية ، وهذه الملكية الأصلية ذاتها هى التى جعلته مالكا للثمار ، إذ امتدت من الشىء إلى الثمار التى تولدت منه [1] .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٠ هامش ١ وفقرة ٢٠٢ ص ٣٤٨ هامش ١ — جوسران ١ فقرة ١٦٥٠ — مازو فقرة ١٥٨٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٤٩ وفقرة ٢٥٦ ص ٢٥٦ — محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٩ ص ٤٩ هامش ١ — محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥ ص ٤٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨٢ — حسن كيرة ص ٥٧ — ص ٥٨ — وانظر عكس ذلك وأن الالتصاق ليس سبباً لكسب ملكية جديدة ، وإنما هو واقعة تؤدى إلى إلحاق الشىء التابع بالشىء الأصلى ، فيمتد حق الملكية من الشىء الأصلى إلى الشىء التابع كما يمتد إلى الملحقات من ثمار وغيرها : ديمولومب ٩ فقرة ٥٧٣ — بيداق وفواران فقرة ٣٣٧ ص ٣٥٧ — ص ٣٥٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٣٠ — شميق شحاته فقرة ٢٢٥ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٨ ص ٢٩٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠ ص ٤٠ — وانظر فى هذه المسألة أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ accession فقرة ٢ — فقرة ٤ .

٩٠ — ما استحدث التقنين المدنى الجديد من الأحكام فى الالتصاق :
لم يستحدث التقنين المدنى الجديد فى الالتصاق إلا قليلا من الأحكام. وقد نقل أكثر أحكام الالتصاق عن التقنين المدنى السابق . وتبسط منه فى الأحكام المتعلقة بتملك المنشآت المقامة على الأرض بسبب الالتصاق . فميز بين صور ثلاث : فقد يقيم صاحب الأرض منشآت عليها بمواد مملوكة لغيره ؛ وقد يقيم صاحب المواد منشآت على أرض مملوكة لغيره ، وقد يقيم شخص منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض هى أيضا مملوكة للغير . وصدر التقنين الجديد هذه الصور الثلاث بنص لا مقابل له فى التقنين السابق، إذ قضى بأن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته . ويكون مملوكا له . وجعل هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس. فقد يقيم أجنبى الدليل على أنه هو الذى قام بالمنشآت على نفقته بترخيص من صاحب الأرض أو بدون ترخيص . أو أن المنشآت التى أقامها صاحب الأرض انتقلت ملكيتها إلى الأجنبى (م ٩٢٢ مدنى) .

وأهم ما استحدث التقنين المدنى الجديد من الأحكام هو ما يأتى :

١ — أجاز للقاضى . عند الحكم بالتعويض للبانى فى أرض الغير ، أن يجعل وفاء التعويض له على أقساط دورية (م ٩٢٧ مدنى) .

٢ — عكس فى حالة استثنائية أحكام الالتصاق ، فجعل صاحب البناء هو الذى يتملك الأرض . وذلك فيما إذا كان المالك الذى يقيم بناء فى ملكه قد جاز بحسن نية على جزء صغير من الأرض المجاورة ، فيجبر صاحب الأرض المجاورة على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء الصغير من الأرض المشغول ببناء الجار . وذلك فى نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدنى)

٣ — لم يعمل أحكام الالتصاق فى حالة المنشآت الصغيرة التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، كالأكشاك والحوانيت والمآوى . فهذه تكون ملكا لمن أقامها . ولا يتملكها صاحب الأرض بالالتصاق (م ٩٢٩ مدنى) [1] .

---

(١) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٢ — ص ٣٠٣ .

٩١ – أحوال الالتصاق : وقد جعل التقنين المدنى للالتصاق أحوالا ثلاثا :

(الحالة الأولى) حالة الالتصاق الطبيعى بالعقار (accession naturelle)، وهى حالة التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه .

(الحالة الثانية) حالة الالتصاق الصناعى بالعقار (accession artificielle) . وهى حالة التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان .

(الحالة الثالثة) حالة التصاق المنقول بالمنقول .

المبحث الأول

الالتصاق الطبيعى بالعقار

(التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه)

٩٢ – نصوص قانونية : تنص المادة ٩١٨ مدنى على ما يأتى :

« الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » .

وتنص المادة ٩١٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ – الأرض التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » .

« ٢ – ولا يجوز التعدى على أرض البحر ، إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر » .

وتنص المادة ٩٢٠ مدنى على ما يأتى :

« ملاك الأراضى الملاصقة للمياه الراكدة ، كمياه البحيرات والبرك ، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراضى ، ولا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه » .

وتنص المادة ٩٢١ مدنى على ما يأتى :

« الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها ، والجزائر

التى تتكون فى مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها[1]
ونقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق م ٦٠–٦٣/٨٤–٨٨[2].

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٨٧٩ – ٨٨٤ – وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٩٢٢–٩٢٥ – وفى

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩١٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٠ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٤ – ص ٣٠٥) .

م ٩١٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٦ – ص ٣٠٧) .

م ٩٢٠ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٢ فى المشروع النهائى . وثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٧ – ص ٣٠٨) .

م ٩٢١ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٩ – ص ٣١٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق :

م ٦٠ / ٨٤ : ما يحدث من طمى الأنهار على التدريج يكون ملكاً لمالك الأرض التى على ساحل النهر .

م ٦٢ فقرة ٢ / ٨٧ : وأما الأراضى التى ينكشف عنها البحر المالح فتكون ملك الميرى.

م ٦٣ / ٨٨ : لا يجوز التعدى على أرض البحر إلا لإعادة حدود المالك إلى ما كانت عليه .

م ٦٢ فقرة ١ / ٨٦ : الطمى الذى يحدث فى البحيرات يكون ملكا لأصحابها .

م ٦١ / ٨٥ : أما الأراضى التى يحوطها النهر بقوة جريانه والجزائر التى تتكون فيه فيتبع فيه منطوق اللائحة الصادر فى سنة ١٢٧٤ (٢٤ ذى الحجة ١٢٧٤ هجرية) .

(ونصوص التقنين المدنى السابق تتفق فى أحكامها مع نصوص التقنين المدنى الجديد) .

التقنين المدنى العراقى م ١١١٣ - ١١١١٦ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المواد ٢٠٦ - ٢١١ (١) .

ويتبين من هذه النصوص أن الالتصاق الطبيعى بفعل المياه قد يكون بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة فى البحيرات والبرك . وليس فى هذه الحالة مجال للتملك بالالتصاق . وقد يكون بفعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمى . فالأرض التى تتكون من هذا الطمى تكون ملكا لصاحب الأرض المجاورة . وفى هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سببا لكسب الملكية ، إذ يتملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التى تكونت من الطمى بسبب

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٧٩ : إن الطمى أى التراب الذى يتجمع بطريقة تدريجية غير محسوسة على الأرض المجاورة لمجرى ماء ، يكون لمالك هذه الأرض (توافق المادة ٩١٨ مصرى) .

م ٨٨٠ : إن الأراضى التى تتحول عن أماكنها بسبب حادث وقع قضاء إلى أرض أوطأ منها ، يجوز لمالكها ، إذا كان من الممكن معرفتها ، أن يطالب بها فى أثناء السنة التى تلى الحادث ، وإذا انقضت السنة ولم يدع بها سقط حقه فى الادعاء .

م ٨٨١ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة التى تتكون بصورة طبيعية فى مجرى الأنهر أو مجارى المياه ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .

م ٨٨٢ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة والطمى التى تتكون فى داخل البحيرات وكذلك طمى البحيرات والبحر ، هى جزء من أملاك الدولة الخاصة .

م ٨٨٣ : إن الأراضى المكتسبة من البحر أو البحيرات أو القردان أو المستنقعات بدون ترخيص مسبق لمكتشفها ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .

م ٨٨٤ : ١ - إذا اتخذ نهر كبير أو صغير مجرى جديداً بتركه مجراه القديم ، فيحق لأصحاب العقارات المجاورة الحصول على ملكية المجرى القديم ، كل واحد فى القسم الذى يكون أمام أرضه حتى خط مفترض فى وسط النهر . ٢ - يحدد ثمن المجرى القديم خبراء يعينهم رئيس المحكمة البدائية المدنية فى منطقة العقار . ٣ - يوزع الثمن الحاصل من هذا البيع بصفة تعويض على أصحاب الأراضى التى أشغلها المجرى الجديد بنسبة قيمة ماخسر كل واحد منهم من الأراضى .

(وهذه المواد تقابل المواد ٩١٩ - ٩٢١ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٢٢ - ٩٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١١٣ - ١١١٥ (توافق المواد ٩١٨ - ٩٢٠ مصرى) .

م ١١١٦ (توافق م ٨٨٤ سورى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٠٦ - ٢١١ (توافق المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ سورى) .

الالتصاق . وقد يحول النهر أرضا من مكانها إلى مكان آخر . أو ينكشف عنها . أو يكون جزرا فى مجراه . وهذا ما يسمى بطرح النهر . فهذه الأراضى جميعا تخضع لقوانين خاصة ولا تسرى عليها أحكام الالتصاق . فنبحث كلا من هذه الحالات الثلاث .

٩٣ – طمى مياه البحر والمياه الراكدة فى البحيرات والبرك : رأينا أن المادة ٩١٩ مدنى تقضى بأن البحر إذا انحسر عن شاطئه وانكشف عن أرض . فهذه الأرض تكون من أملاك الدولة الخاصة [١] . وقد قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط أن شواطىء البحر تعتبر من الأملاك العامة ، ولكن الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها مياه البحر (les lais et relais de la mer) هى من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها [٢] .

ومن جهة أخرى إذا طغى البحر على الأراضى المجاورة لشواطئه فغمرها بالمياه . فان ملاك هذه الأراضى لا يفقدون ملكيتها . وليس من شأن طغيان البحر وهو قوة قاهرة أن يفقدهم هذه الملكية . ويجوز لهم أن يعملوا على إعادة حدود أراضيهم التى طغت عليها مياه البحر . ولكن فيما عدا ذلك لا يجوز لهم التعدى على أرض البحر : لا على شواطئه لأنها من أملاك الدولة العامة . ولا على الأرض التى ينحسر عنها أو يكونها طميه لأنها من أملاك الدولة الخاصة كما قدمنا .

وكالبحر البحيرات والبرك والمستنقعات . وقد رأينا أنها من الأملاك العامة للدولة [٣] . وتقضى المادة ٩٢٠ مدنى سالفة الذكر أن ملاك الأراضى

---

(١) ويمكن تعليل ذلك بأن شاطىء البحر هو من أملاك الدولة العامة . فتكون الدولة هى المالك المجاور (propiétaire riveraim) للبحر ، أما المالك المجاور لشاطىء البحر فانه ليس مالكاً مجاوراً للبحر نفسه (بودرى وشوفو فقرة ٣٩٤) . وقبل صدور التقنين المدنى السابق (أى قبل عهد الاصلاح القضائى ، كانت الأرض التى ينكشف عنها البحر تعتبر أرضاً لا مالك لها فكان يمكن تملكها بالاستيلاء لا بالالتصاق (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦) .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٩ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٨ – وقد تكون البركة أو المستنقع مملوك للأفراد ملكية خاصة ، ففى هذه الحالة يملك صاحب البركة أو المستنقع ما ينكشف من أرض ولا يفقد ملكية ما غمر من أرض . وهذا بديهى لأن نفس البركة أو المستنقع مملوك له .

المجاورة لمجارى هذه المياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه من أراض
فالأراضى التى تنكشف عنها هذه المجارى هى إذن من أملاك الدولة الخاص
كالأراضى التى ينكشف عنها البحر فيما قدمنا . كذلك إذا غمرت مجارى هذ
المياه الراكدة الأراضى المجاورة ، فان ملاك هذه الأراضى لا يفقدو
ملكيتها ، ويستطيعون العودة إلى حيازتها إذا انحسرت عنها المياه . فحكم الميا
الراكدة إذن كحكم مياه البحر . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد
فى هذا الصدد : « والالتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبر
يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل
فترجع لصاحبها . أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد ، فان هذ
الأرض تكون ملكا للدولة . فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر »[١] .

٩٤ – فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمى (alluvion) :
رأينا[٢] أن المادة ٩١٨ مدنى تنص على أن « الأرض التى تتكون من طم
يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين »
ويستخلص من هذا النص أنه يشترط فى تراكم الطمى بفعل مياه النهر
يكون الطمى قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة (ccessivement et
imperceptiblement)[٣] ، فيجب إذن أن يتراكم الطمى على ضفة الن
وبجانب الأرض المجاورة[٤] متدرجا فى خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى و
غير محسوس[٥] . أما إذا حول النهر فجأة ، بفعل قوة الفيضان غير العادى
أرضا من مكانها إلى مكان آخر . فليس هذا تراكم الطمى التدريجى ...

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٠ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ .
(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٤ – ٨ فبراير سنة ٩٢٧
٣٩ ص ٢٢٢ .
(٤) أو بجانب جزيرة أصبحت هى نفسها ملكاً خاصاً لأحد الأفراد (استئناف ...
٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٢) .
(٥) أما الطمى الذى يتكون من المصارف ويتخلف فيها بسبب عدم تطهيرها
طويلة ، فهذا لا يجوز لمالك الأرض المجاورة أن يتملكها بالالتصاق ، بل يرجع الحكم
لملكيتها إلى القواعد العامة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥ ص ٣٨

المحسوس (alluvion) وإنما هو طرح النهر (avulsion) . ولا تكون الأرض المنتزعة ملكا للملاك المجاورين بطريق الالتصاق . وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة بها كما سيجىء . وإذا كان يشترط فى تراكم الطمى أن يكون غير فجائى . فان هذا لا يمنع من أن يكون ظهوره فجائيا . فقد يتراكم الطمى على مدى السنين بطريقة تدرجية غير محسوسة ولكنه يكون مغطى بالماء غير ظاهر . ثم يزيد تراكم الطمى فتظهر الأرض المتكونة منه فجأة فوق الماء . وتصبح مملوكة للملاك المجاورين بطريق الالتصاق (١) . ويجب أن تعلو الأرض المتكونة من الطمى أعلى منسوب المياه فى أشد وقت من أوقات فيضان النهر (٢) . وإلا بقيت جزءا من مجرى النهر . وذلك بشرط أن يكون الفيضان عاديا (٣) فلا يعتد بتغطية المياه للأرض فى أثناء الفيضانات غير العادية . ويستوى أن يكون تراكم الطمى قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها (٤) ، أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو الغير على ضفتى النهر (٥) . ويجب أخيرا أن تكون الأرض المتكونة من الطمى قد تكونت ملاصقة لضفة

---

(١) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٢ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط أن تكون الأرض الملتصقة نتيجة للطمى قد بلغت من الارتفاع حداً يجاوز منسوب ارتفاع المياه فى وقت الفيضان العادى (نقض مدنى ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٢ ص ١٤٨) . وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤ ص ٤٣ – حسن كيرة ص ٦١ .

(٤) ولو بتحول سير المياه دون أن يترك النيل مجراه (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) . وإذا ادعت الحكومة أن الزيادة هى طرح النهر فيكون لها . وليس تراكم طمى فيكون للجار ، فعليها هى عبء الإثبات (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة م ٥٥ ص ١٠٨)

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ – ص ٣٥٢ – بودرى وشوفو فقرة ٣٨٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ – استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٢ – نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ١ – ١١٨ .

ولكن لا يجوز أن تكون هذه الأعمال قد قام بها المالك بقصد ترسيب مياه النهر للإسراع فى عملية تراكم الطمى ، كأن يضع رؤوساً من الأحجار أو الأخشاب فى مجرى النهر تساعد

النهر . فاذا حال بينها وبين ضفة النهر جسر مجرى عام[1] أو كانت الميا لا تزال تجرى بينها وبين ضفة النهر . فانها لا تخضع لأحكام الالتصاق[2]

ومتى توافرت الشروط المتقدمة الذكر . فان الأرض المتكونة م الطمى تصبح ملكا لمالك الأرض المجاورة لها وذلك بطريق الالتصاق . وهذ هي الصورة الوحيدة للتملك بالالتصاق بفعل المياه كما سبق القول . ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمى كانت قبل أن تلتصق بضفة النهر طميا م أملاك الدولة العامة . فأصبحت بالالتصاق ملكا خاصا لمالك الأرض المجاورة ولا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة . وعلى ذلك يكون الالتصاق ق نقل الشيء من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض المجاورة[3] دون تعويض[4] ، وهنا أيضا تكون هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التي يتملك فيها صاحب الشيء الأصلي بالالتصاق الشيء التابع دون أن يدف تعويضا لصاحب هذا الشيء التابع[5] .

= على تجمع الطمى . فان هذا يكون تعدياً على مجرى النهر وللإدارة أن تمنعه ، ويكون الط هنا ملكاً للدولة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ هامش ٧ – محمد كامل مرسى ٣ فقـ ٤٣ ص ٥٤ – شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص ٢٣٧ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٢ ص ٩٤ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٦ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ حسن كيرة ص ٥٧ – نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٧) .

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٠ – ص ٣٥١ – وقد قضى بأنه يشترط في ... النهر أن يظهر فوق أعلى منسوب لمجرى النهر وقت فيضانه العادى ، وأن يكون ملتصقاً بأر المالك على ساحل النهر . وأن يتكون بالتدريج وبطريقة غير محسوسة دون أن يكون لا... الحكومة دخل في تكوينه (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٣٩٦

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨٩ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الزيادة التي تحدث من طمى الأنهار على التد تكون ملكاً لمالك الأرض التي على الساحل ، فاذا وضع المالك يده على تلك الزيادة ونازعته الحكو في ملكيتها بدعوى أنه استأجرها بعقد وقعه ، فلا يكون ذلك سبباً لحرمانه من ملكيتها القانو متى تبينت المحكمة أن أحوالا اضطرارية اقتضت ذلك التوقيع . ومن ثم يجب الحكم له بالملك بصرف النظر عن توقيعه عقد الإيجار (استئناف مصر ١٧ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الر ٢٧ رقم ١١٦ ص ١٨٧) .

(٥) وإذا أرادت الحكومة أن تطهر النهر بإزالة ما يتراكم من الطمى على ضفتيه فإن كان الطمى قد تكون أرضاً وأصبح ملكاً خاصاً لصاحب الأرض المجاورة ، لم تسـ الحكومة أن تزيل هذه الأرض بدعوى أنها كانت طمياً قبل ذلك وكان مملوكاً لها ، بل عليها أن تتخذ إجراءات نزع الملكية . أما إذا كان الطمى لم يتكون بعد . فان الحكومة تسـ أن تزيله قبل أن يكتمل تكوينه (محمد كامل مرسى ٣ رقم ٤٤ ص ٥٧ – عبد المنعم البدر فقرة ٥٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١ ص ٢٨٤ حسن كيرة ص ٦١) .

وإذا تعددت الأراضي المجاورة للأرض التي تكونت من الطمي على النحو سالف الذكر ، واختلف ملاكها ، تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه ، أي الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين مقامين على جهة النهر من نهايتي كل أرض [1] .

٩٥ – *طرح النهر وأكله* : رأينا [2] أن المادة ٩٢١ مدني تنص على أن « الأراضي التي يحولها النهر من مكانها ، أو ينكشف عنها ، والجزائر التي تتكون في مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها » . ويستخلص من هذا النص أن النهر ، في أوقات فيضانه الشديد ، قد يحول جزءاً من الأرض عن مكانه إلى مكان آخر ، في نفس الضفة أو في الضفة المقابلة . وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءاً من مجراه ، ويغمر أرضاً أخرى فتتحول مجرى له . وقد يكوّن الطمي في وسط مجراه جزراً ترتفع عن أعلى منسوب المياه ، فتظهر أرضاً في وسط الماء الذي يحيطها من جميع الجهات . وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضاً من مكانها والقذف بها في وسط المجرى ، فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزراً في مجرى النهر وهذه العمليات جميعاً – تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر – تتضمن ظهور أرض جديدة في مكان لم تكن فيه وهذا ما يسمى بطرح النهر ، واختفاء أرض عن المكان الذي كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر .

---

(1) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٤ – ص ٣٥٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ – ومتى تملك صاحب الأرض الملاصقة الطمي على النحو سالف الذكر ، فإن هذا الجزء يعتبر جزءاً لا يتجزأ من أرضه ، وتمتد إليه الحالة القانونية التي للأرض الأصلية . فإذا كانت هذه الأرض مثقلة برهن أو امتياز أو حق ارتفاق أو حق انتفاع أو بتكليف عيني آخر ، امتد هذا التكليف إلى الطمي . وإذا كان صاحب الأرض الأصلية في طريقه إلى تملكها بالتقادم ثم تملكها بهذا السبب ، فإنه يتملك معها الطمي حتى ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هذا الطمي (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٤ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٥٣ ص ٤٤) . وإذا بيعت الأرض تحت شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فهذه الزيادة عند تحقق الشرط تكون للمشتري دون زيادة في الثمن . وكذلك إذا بيعت الأرض تحت شرط فاسخ ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فإن الأرض عند تحقق الشرط تعود بالزيادة التي اتصلت بها للبائع دون مقابل (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٤ ص ٥٢) .

(2) انظر آنفاً فقرة ٩٢ .

وتقضى المادة ٩٢١ مدنى ، كما رأينا ، بأن ملكية الأراضى التى يشتمل عليها طرح النهر تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها . وهذه القوانين الخاصة تسرى أيضاً ، بطريق التلازم ، على أكل النهر . وقد تعاقبت هذه القوانين الخاصة ، يأتى قانون بعد آخر يلغيه ويحل محله . وأولها اللائحة السعيدية الصادرة فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية (سنة ١٨٥٨ ميلادية) (١) . وتلاها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ (٢) . ثم تلاه القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام اللائحة السعيدية ، بأن تعتبر أطيان الجزائر (طرح البحر) عملا بنص المادة ٦١ من القانون المدنى القديم وبنصوص اللائحة السعيدية الصادرة فى ٢٤ من ذى الحجة سنة ١٢٧٤هـ مملوكة أصلا للحكومة ، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو ببيعها إليهم بالمزاد . وإذن فان الحكم المطعون فيه ، إذ سجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه هذه الأطيان بأى سبب من أسباب التملك ، يكون قد أقام قضاءه بملكية الحكومة لها وبرفض دعوى المورث المذكور على أساس يكفى لحمله (نقض مدنى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٠) .

وقضى أيضاً ، تطبيقاً للائحة السعيدية ، بأن الحق فى مطالبة الحكومة بقيد أكل البحر فى المكلفات ينشأ من التاريخ الذى يقع فيه أكل البحر ، ويسقط بمضى ١٥ سنة (استئناف أسيوط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤١ ص ٣٣١) . وقضى ، تطبيقاً لنفس اللائحة ، بأنه وإن كانت المادة ١٤ من اللائحة السعيدية قضت بأن الأطيان الناتجة من طرح البحر يستوفى منها الملاك من أهل البلاد المجاورة لتلك الأطيان ماسبق أن أكله البحر من أطيانهم ثم يباع ما يكون زائداً لأهالى تلك البلاد وبطريق المزاد ، إلا أن هذا النص لا يمنع الحكومة من تأجير تلك الزيادة بدل بيعها . فان إعطاء الحكومة الحق فى بيع تلك الأطيان بعد استيفاء عجز أطيان الأهالى معناه أن هذه الزيادة تعتبر ملكاً للحكومة ، ومتى كانت الملكية مقررة للحكومة فانه كما يكون لها بيعها يكون لها تأجيرها (استئناف وطنى ٨ مايو سنة ٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٢ ص ١٦٩) .

أنظر فى نصوص اللائحة السعيدية محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠ ص ٦٥١ هامش ١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، بأن القول بأنه إذا صدر قرار من وزير المالية بتوزيع طرح البحر مخالفاً لنصوص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ وجب على المحاكم عدم الاعتداد به لمخالفته نص المادة ٩ من الدستور التى تقضى بألا ينزع من أحد ملكه إلا للمنفعة العامة وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلا ، هذا القول مردود بأن الأطيان التى يطغى عليها البحر تزول ملكيتها قانوناً بمجرد أكل البحر . وبأن أطيان طرح البحر لا تعتبر مملوكة لمن أكل البحر من أطيانهم إلا بعد توزيعها عليهم من الحكومة التى تعتبر المالكة قانوناً لأحكام الطرح بمجرد ظهورها . وعلى ذلك لا يكون قرار وزير المالية بالتوزيع متضمناً نزع ملكية أى شخص من ملكه (نقض مدنى ١٦ ديسمبر مجموعة

ثم القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، فالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨[1] وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، وهو القانون المعمول به الآن ، وقد أفرد الباب الثانى منه للأحكام الخاصة بطرح النهر

= المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى صار توزيع طرح البحر على أربابه شيوعاً فيما بينهم بمقتضى قرار وزير المالية طبقاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، كان هذا القرار سنداً بملكية الشركاء ومصدراً للشيوع فيما بينهم . ولاتكون هناك صلة لهذه الملكية بملكيتهم التى أكلها البحر ، والطرح الجديد يصبح منذ ظهوره ملكاً للدولة حتى يوزع على أربابه طبقاً لشروط القانون (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤١) . وقضت كذلك بأن تعتبر أراضى طرح البحر ، وفقاً لنصوص المادتين ٢ و ١٠ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، من أملاك الدولة التى توزع بقرار من وزير المالية غير قابل للمعارضة فيه . ويعتبر هذا القرار سنداً للملكية له قوة العقد الرسمى . وهذه النصوص إنما تسرى على أراضى « الميرى » الخاصة المتخلفة عن طرح البحر ، ولا شأن لها بالأملاك العامة . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى تخلف الأجزاء المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر ، لوقوعها فى مجرى النهر المعتبر من الأموال العامة التى لا يجوز تملكها أو التصرف ، فانها لا تكون محلا لصدور قرار من وزير المالية بتوزيعها ، ولا قرار من جهة الإدارة باضافتها إلى الملك الخاص للأفراد . وصدور مثل هذا القرار لا يكون مستنداً إلى القانون ، ويكون من حق جهة الإدارة العدول عنه (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

(١) وكانت القاعدة المتبعة منذ اللائحة السعيدية هى أن الحكومة تقوم بتوزيع طرح النهر على أصحاب أكل النهر . وظلت هذه القاعدة معمولا بها مع اختلاف فى تفصيلات التنظيم إلى أن صدر قانون سنة ١٩٥٧ ، فاستحدث هذا القانون قاعدة جديدة هى تعويض أصحاب الأكل تعويضاً نقدياً لا تعويضاً عينياً . وبقيت هذه القاعدة الجديدة معمولا بها فى قانون سنة ١٩٥٨ ، وأنشئت بموجب المادة ٥ من هذا القانون « مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله » تتولى بيع أراضى الطرح بعد فترة انتقالية تؤجر فيها هذه الأراضى لصغار الفلاحين . ومن ثمن بيع هذه الأراضى يعوض أصحاب الأراضى المأكولة ، ومقدار التعويض هو خمسون مثلا من ضريبة الأطيان .

وقد ألغيت « مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله » بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦٢ ، وأحيلت أعمالها على الإدارة العامة للأملاك وطرح النهر . ثم أدمجت هذه الإدارة فى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٦ لسنة ١٩٦٣ ، وأصبح لمجلس إدارة الهيئة الاختصاصات التى كانت مقررة لمجلس إدارة صندوق طرح النهر وأكله .

وأكله ، فنقف عنده وحده ، ونستعرض فى إيجاز هذه الأحكام [١] .

يعتبر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ مملوكا للدولة ملكية خاصة « أراضى طرح النهر ، وهى الأراضى الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه » (م ٢ — أ) . وتفصل المادة ١١ من نفس القانون هذا الحكم ، فتنص على أن « يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة . وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكله فى كل سنة ، وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظات . ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أو من ينيبه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا ، ويودع هذا القرار فى مكتب الشهر العقارى المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية » [٢] . وتبدأ الإدارة بتأجير أراضى الطرح إلى أن تتمكن من بيعها ، ويكون التأجير طبقا لأحكام المادة ٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتؤجر فى حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها أو على أساس أجرة المثل . ثم تباع هذه الأراضى طبقا للأحكام المقررة فى التصرف فى الأراضى الزراعية بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتوزع على صغار الفلاحين طبقا لأحكام قانون

---

(١) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) أيضاً قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالشروط والأوضاع اللازمة لبيع طرح النهر لصغار المزارعين .

(٢) وقد قدمنا أنه قبل صدور قانون سنة ١٩٥٧ كانت القاعدة المتبعة هى توزيع أراضى طرح النهر توزيعاً عينياً على أصحاب أكل النهر ، ويتم التوزيع بنسبة تتعادل بين ما أكل وما طرح . ويصدر بالتوزيع قرار من وزارة المالية . ويجب تسجيل هذا القرار ، ويترتب على تسجيله نقل الملكية لمن وزع الطرح عليهم وإمكان التصرف فى الأراضى الموزعة . وتسجيل القرار غير واجب قبل نفاذ قانون الشهر العقارى ، فان هذا القانون هو الذى أوجب شهر التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية ، وليس له أثر رجعى . ولا أثر رجعى كذلك للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ، وتنص المادة العاشرة منه على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ، ويكون سنداً له قوة العقد الرسمى ، ويسجل بدون رسم (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٤ رقم ٢٤) .

الاصلاح الزراعى (م ٨/١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) [١] .
ولايدخل فى الأراضى التى توزع أراضى طرح النهر غير الثابت التى لم يمض على ظهورها سنتان ، وكذلك الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح الواطى التى لا تنحسر عنها المياه حتى أول شهر فبراير من كل سنة ، وذلك حتى تستقر هذه الأراضى وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة (م ٨/٢ من قانون سنة ١٩٦٤) [٢].

ويعوض أصحاب أكل النهر تعويضا نقديا ، بما يعادل خمسين مثلا من الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه . وإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت صدور الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل ، كان تقدير التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض أراضى الجزائر الملاصقة للنيل فى البلدة الواقع فى زمامها الأكل (م ١٤/١ من قانون سنة ١٩٦٤)[٣].
ولا يجوز التصرف فى حق التعويض عن أكل النهر ، ويقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم (م ١٤/٢ من قانون سنة ١٩٦٤) .

وترفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر ابتداء من أول شهر يناير التالى لتاريخ حدوث الأكل ، وتربط على أراضى طرح النهر التى توزع أو تباع الضريبة العامة للحوض الذى تقع فيه ابتداء من أول يناير التالى لتاريخ تسليمها إلى المتصرف إليه فيها (م ٢٠ من قانون سنة ١٩٦٤) .

---

(١) ويجوز على سبيل الاستثناء ، طبقاً لأحكام المادة ١٠ من قانون سنة ١٩٦٤ ، بيع أراضى الطرح بطريق الممارسة فى حدود خمسة أفدنة لكل مشتر ، إلى طوائف معينة حددتها المادة ١٠ المذكورة . وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٦٤ مراتب الأولوية فى الشراء بين هذه الطوائف ، والشروط الواجب توافرها فى المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضى المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى .

(٢) وتنص المادة ١٣ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يصدر قراراً بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسى للمعادى المقررة أو بمواقع الموارد أو اللازم لمشروع عام لمنفعة تلك المراسى أو الموارد أو هذا المشروع العام ، بناء على طلب الوزارة المختصة . وإذا أبطل المرسى أو المورد أو المشروع العام ، جاز التصرف فى هذا الطرح طبقاً لأحكام هذا القانون » .

(٣) انظر فى إجراءات إعطاء التعويض لأصحاب أكل النهر المواد ١٥ – ١٨ من قانون سنة ١٩٦٤ .

وتختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله . وتكون القرارات الصادرة من هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ، وتنفذ بالطريق الإدارى (م ٢١ من قانون سنة ١٩٦٤) .

المبحث الثانى

الالتصاق الصناعى بالعقار

(التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان)

٩٦ – مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التى فيها – نص قانونى :
تنص المادة ٩٢٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ – كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » .

« ٢ – ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها » [1] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدى فى الفقرة الثانية ورد فيه عبارة « على الأرض » بعد عبارة « كانت قائمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٤ فى المشروع النهائى ، بعد تعديلات لفظية . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٩١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « على الأرض » الواردة فى الفقرة الثانية « لأن المنشآت قد تكون على الأرض أو تحتها » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١١ – ص ٣١٣) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن جرت بعض الأحكام على هذا المبدأ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى	م ٨٨٦ (موافق) .
التقنين المدنى الليبى	م ٩٢٦ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى	م ١١١٧ (موافق) .
قانون الملكية العقارية اللبنانى	م ١١٣ (موافق) .

ويتبين من النص المتقدم ، فى فقرته الأولى ، أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى [1] يعتبر من عمل صاحب الأرض . وأنه هو الذى أنشأه على نفقته ، ومن ثم يكون مملوكا له . وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام سبق أن بسطناه عند الكلام فى حق الملكية فى الجزء الثامن من الوسيط ، وتقرره المادة ٢/٨٠٣ مدنى إذ تقول : « وملكية الأرض تشمل مافوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها ، علوا أو عمقا » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص الأخير : « ملكية الأرض تشمل السطح ومافوقه علوا وماتحته عمقا إلى الحد الذى يصلح للاستعمال . . وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين . . يقرر فى الثانى أن كل ماعلى الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » [2] . وعلى ذلك إذا قامت منشآت فوق الأرض أو تحتها ، فالمفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض وأنه هو الذى أقامها على نفقته ، ولا يجوز فى خصومة بينه وبين شخص آخر يدعى ملكية هذه المنشآت أن يطالب باقامة الدليل على ذلك . كذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق على الحائز لأرض أقيم فيها منشآت ، وقدم الدليل على ملكيته للأرض ، فهذا الدليل وحده يكفى لافتراض أنه يملك المنشآت أيضا دون أن يطالب باقامة دليل غير الدليل الذى قدمه على ملكيته للأرض .

---

(١) ومثل المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقام فى الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقاراً بطبيعته ، ويمكن نزعها من الأرض وإعادة الأرض إلى أصلها . وكالمنشآت التى تقام فوق الأرض المنشآت التى تستحدث تحتها ، كالأنفاق والمواسير والسراديب وما اليها . ولا تدخل فى المنشآت المحاصيل الزراعية الدورية ، لأن مصيرها للحصاد فلا تبقى فى الأرض على سبيل الاستقرار والدوام . وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالمنشآت هو البناء والغراس الحادث فى الأرض على سبيل الدوام ، فلا تدخل المحاصيل الزراعية الدورية لما لها من نهاية معلومة (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٠ ص ٦٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ – ص ١٨ .

ويتبين كذلك من النص سالف الذكر ، فى فقرته الثانية ، أن القرينة القانونية التى أقامتها الفقرة الأولى على النحو المتقدم قرينة قابلة لإثبات العكس. فيجوز للخصم الذى يدعى ملكية المنشآت دون الأرض أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم الدليل على أن المنشآت مملوكة له ، فيقع عبء الإثبات عليه دون صاحب الأرض [1] . ويجوز له أن يثبت ملكيته للمنشآت أيا كانت قيمتها بجميع الطرق ويدخل فيها البينة والقرائن ، إذا كانت الواقعة التى يدعيها سببا لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، كما إذا ادعى أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته . أما إذا ادعى أن سبب كسب ملكيته للمنشآت هو تصرف قانونى ، كما إذا ادعى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله ملكية المنشآت أو يخوله الحق فى إقامة المنشآت وتملكها ، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانونى إلا وفقا للقواعد المقررة فى إثبات التصرفات القانونية ، أى بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما تجاوز قيمته عشرة جنيهات .

ونرى من ذلك أن الدليل العكسى الذى يقدمه من يدعى ملكية المنشآت إما أن يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدنى سالفة الذكر صراحة ، كمثل للتصرف القانونى ، أن يقيم أجنبى الدليل على أن صاحب الأرض قد خوله ملكية المنشآت . ويتحقق ذلك إذا أثبت الأجنبى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يتملك الأجنبى الأبنية المقامة فوق سطح الأرض أو المشيدة تحت السطح ، بطريق الشراء أو بأى تصرف آخر ناقل للملكية . كذلك يستطيع الأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامة المنشآت وتملكها ، فيكون هو لا صاحب الأرض الذى أقام المنشآت على نفقته وتملكها بموجب هذا الاتفاق . وتنص المادة ٣/٨٠٣ مدنى تأكيدا لذلك : « ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا

---

(١) نقض مدنى ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص ١٠١٩ .

الصدد : « ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام . وما . . حق الحكر وحق التعلى إلا ضروب مختلفة من ملكية مافوق السطح »[(١)] . ويلاحظ أنه إذا تملك الأجنبي المنشآت المقامة فى الأرض بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ، فانه لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية . وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها كما يقول النص . ولا يحق لصاحب الأرض أن يطالب بملكية المنشآت عن طريق الالتصاق على خلاف الاتفاق الذى تم بينه وبين صاحب المنشآت .

وأجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدنى سالفة الذكر صراحة أيضا ، كمثل للواقعة المادية . أن يقيم الأجنبي الدليل على أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض . ولكن هنا يقوم الالتصاق سببا لكسب الملكية ، ومتى أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته ، فان صاحب الأرض يتملك المنشآت بالالتصاق[(٢)] فى مقابل دفع تعويض للأجنبي .

٩٧ — صور ثلاث لتملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق :

وإذا أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته . أو أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت لأن الأجنبي هو الذى كان يملك المواد التى أقيمت المنشآت بها ، فلا يخلو ذلك من أن يكون فى إحدى صور ثلاث :

الصورة الأولى : أن يكون صاحب الأرض هو الذى أقام المنشآت فى أرضه بأدوات مملوكة للأجنبي . فيكون صاحب الأرض هو البانى[(٣)] بأدوات غيره .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥) .

(٣) نقول « البانى » تغليباً للفرض الراجح ، فقد تكون المنشآت غراساً أو شيئاً آخر غير البناء والغراس كما سبق القول ، ولكن الغالب أن تكون المنشآت بناء . والأحكام التى سنوردها فى شأن البناء تسرى على الغراس والمنشآت الأخرى .

الصورة الثانية : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة له ، فيكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره .

الصورة الثالثة : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة لشخص ثالث ، فيكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بعد أن قررت المادة . . قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحتها ، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له . فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت ، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة : إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره ، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره »[1] . وفى هذه الصور الثلاث جميعا يملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ، سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه ، أو كان البانى أجنبيا قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة للأجنبي أو مملوكة لشخص ثالث . وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض ، فى مقابل تملكه للمنشآت ، أن يعوض صاحبها وفقا للأحكام التى سيأتى بيانها ، وهى أحكام تقوم فى أساسها على مبدأ الإثراء بلا سبب[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٩ – ص ٣٣٠ .

(٢) ويستوى فى كل ذلك أن تكون الأرض ملكاً أو وقفاً ، وقد ألغى الوقف على غير الخيرات بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ولكن بقى الوقف على الخيرات . وقد قضت محكمة النقض بأن النزاع فيما زاده واضع اليد فى الأرض الموقوفة من مثل بناء أو شجر هو نزاع فى أمر مدنى محض خاضع لأحكام القانون المدنى لا لأحكام الشريعة الإسلامية (نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٥٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا بنى شخص فى أرض موقوفة وهو يعتقد أنها ملكه لأنها آلت إليه بطريق الشراء ممن تملكها كذلك بالشراء ، اعتبر بناؤه حاصلا دون غش بالمعنى الوارد فى المادة ٦٥ مدنى (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠٧ ص ٣٦٩ – وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٤ ص ٨٤) . وقضى بأن للواقف البانى فى ملك الوقف حق التصرف فى بنائه ، كما له حق القرار . ولا حق لجهة الوقف سواء

وقبل أن نعرض بالتفصيل لكل من الصور الثلاث التى قدمناها لكسب صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق ، نذكر أنه يجب لتحقق الالتصاق سببا لكسب ملكية المنشآت أن تكون هذه المنشآت قد اندمجت فى الأرض

= فى خيار إبقاء المبانى ودفع قيمتها مستحقة الهدم أو مازاد من ثمن العقار الموقوف بسبب إنشائها ، أو فى طلب إزالتها إذ هذا الحق يكون للوقف فى بعض الصور فى حالة ما إذا كان البانى غير الواقف (استئناف مصر ٦ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٨ ص ٥٣٦) .

وإذا أقيمت المنشآت فى أرض الوقف من ناظر الوقف أو من أحد المستحقين ، فانه يرجع فى ذلك إلى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وإلى أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن الأمر يكون متعلقاً بنظام الوقف نفسه . وقد قضت محكمة النقض بأن بناء الناظرة من مالها الخاص فى عين موقوفة هى المستحقة الوحيدة لها طول حياتها لا تحكمه قواعد القانون المدنى ، بل إن قواعد الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق فى هذا الصدد (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٧) . ففيما يتعلق بناظر الوقف ، إذا احتاجت أعيان الوقف إلى العمارة – ويدخل فى العمارة أن تبنى فى الأرض بيوت تستغل وتصبح فى حكم الدور الموقوفة : محمد أحمد فرج السنهورى فى قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ ص ٩٢٤ – فان أحكام المادتين ٥٤ و ٥٥ من قانون الوقف هى التى تسرى . وتنص المادة ٥٤ من هذا القانون على أن « يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥٪ من صافى ريع مبانى الوقف يخصص لعمارتها ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا باذن من المحكمة – أما الأراضى الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافى ريعها إلا ما يأمر القاضى باحتجازه ، للصرف على إصلاحها أو لإنشاء وتجديد المبانى والآلات اللازمة لإدارتها أو للصرف على عمارة المبانى الموقوفة التى شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن . وللناظر ولكل مستحق ، إذا رأى أن المصلحة فى إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله ، أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى فيه المصلحة . وتطبق هذه الأحكام مالم يكن للواقف شرط يخالفه » . وتنص المادة ٥٥ من نفس القانون على أنه « مع مراعاة أحكام المادة السابقة ، إذا احتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد نفقتها على خمس فاضل غلة الوقف فى سنة ، ولم يرض المستحقون بتقديم العمارة على الصرف ، شرط الواقف تقديم العمارة أو لم يشرطه ، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر ، بعد سماع أقوال المستحقين ، بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة أو احتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطى المبين فى المادة السابقة كله أو بعضه . وتتبع هذه الأحكام فى الصرف على إنشاء ما ينمى ريع الوقف عملا بشرط الواقف . ومع مراعاة أحكام المادة ١٨ ، يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة باقيه بدون رجوع فى غلته ، متى رأت المصلحة فى ذلك » . أنظر فى شرح هذه النصوص محمد أحمد فرج السنهورى فى قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ – فقرة ٧١٨ ص ٩٢٣ – ص ٩٣٦ – أما فيما يتعلق بعمارة المستحقين للوقف ، فلم يعد بعد إلغاء الوقف الأهلى مستحق إلا الخيرات الموقوف عليها .

اندماجا تاما وأصبحت بهذا الاندماج عقارا بطبيعته . أما مجرد وضع منقول فى أرض الغير دون أن يندمج فى الأرض فيصبح عقارا بطبيعته ، فلا يكفى لأن يتملك صاحب الأرض المنقول بالالتصاق . وحتى لو خصص صاحب الأرض المنقول لخدمة الأرض أو استغلالها ، فان هذا لا يكفى أيضا لجعل المنقول عقارا بالتخصص ، إذ يجب ليكون المنقول عقارا بالتخصيص أن يكون مالك الأرض هو مالك المنقول ، وهنا قد اختلف المالك . فيستطيع إذن صاحب المنقول أن يسترده من صاحب الأرض ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدعى ملكيته بطريق الالتصاق . وذلك ما لم يكن صاحب الأرض حسن النية فى حيازته للمنقول ، فعندئذ يتملك المنقول بالحيازة ، وعندئذ يجوز أن يكون المنقول عقارا بالتخصيص لاتحاد المالك . ولكن إذا كان صاحب الأرض قد تملك المنقول هنا ، فانما يتملكه بالحيازة كما قدمنا لا بالالتصاق ، لأن المنقول لم يصبح عقارا بطبيعته [1] .

ويجب أيضا ، حتى يتحقق التملك بالالتصاق ، ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت . فاذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى ، امتنع التحدى بقواعد الالتصاق [2] .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ – بودرى وشوفو فقرة ٣٥٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٩٦٣ – كولان وكابيتان ودىلا موراندير ١ فقرة ١١٤٣ – مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ – ويذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن المنشآت إذا اندمجت فى الأرض فأصبحت عقاراً بطبيعته ، ولكن صاحب المنشآت هدمها قبل قيام النزاع بينه وبين صاحب الأرض ، فان صاحب الأرض لا يتملك المنشآت فى هذه الحالة ، وليس له أن يطالب بقيمتها بحجة أنها هدمت وهى على ملكه بل يطالب بتعويض الضرر الذى أصاب الأرض من جراء هدم المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٣ – بودرى وشوفو فقرة ٣٦٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ – وانظر أيضاً نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٧ – ١ – ١٢٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٦) . وهذا الرأى محل للنظر ، فان المنشآت متى اندمجت فى الأرض وأصبحت عقاراً بطبيعته ، تملكها صاحب الأرض ، سواء كان ذلك بعد قيام النزاع أو قبل قيامه . فاذا هدمت ، فانه يبدو أنها تهدم وهى على ملك صاحب الأرض . وله أن يطالب بقيمتها على أساس أنها هدمت وهى على ملكه ، وعليه أن يدفع التعويض المستحق لصاحب المنشآت طبقاً لقواعد الالتصاق (أنظر ما يلى فقرة ١٠٠) .

(٢) نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان عقد الاتفاق المبرم بين الحارس على الوقف وبين المستأجر =

المطلب الأول

الصورة الأولى – صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره

٩٨ – نص قانونى : تنص المادة ٩٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باسترداده خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت » .

« ٢ – فاذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه . أما إذا استرد المواد صاحبها فان نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض » [(١)] .

ويقابل هذا النص المادة ٦٤ من التقنين المدنى الوطنى السابق[(٢)] .

صريحاً فى أن الحراسة ملزمة بدفع جميع المصروفات التى صرفت فى الإنشاء والتجديد بالوقف حسب تقديرها بواسطة خبير فى وقت إنشائها ، فانه يكون من المتعين على المحكمة أن تأخذ باحكام هذا العقد دون نظر إلى مازاد فى قيمة الأرض ولا إلى ارتفاع أسعار المهمات والأدوات وقت رفع الدعوى ، إذ العقد قانون المتعاقدين (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية (مستعجل) بأنه ليس فى المواد الخاصة بالالتصاق أحكام متعلقة بالنظام العام ، فنى وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية بشأن أحوال الالتصاق ، فان أحكام العقد هى التى تكون مناط تحديد علاقة الطرفين أحدهما بالآخر (اسكندرية مستعجل ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٦٢ ص ٧٧٣) . وانظراً استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٣ – ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٤ : إذا جدد مالك الأرض أبنية أو غراساً أو غير ذلك من الأعمال بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره ، وجب عليه دفع قيمة المهمات والأدوات المذكورة لمالكها ، ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات إذا فعل ذلك بطريق الغش والتدليس . ولا يسوغ لمالك المهمات أن ينتزعها من محل وضعها .

(وأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكن التقنين المدنى الوطنى لا يميز بين ما إذا كانت المواد يمكن نزعها من الأرض أو كان لا يمكن نزعها دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم ، ويصرح أن التعويض لا يكون واجباً إلا فى حالة الغش والتدليس) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٨٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٢٧ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١١٨ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢١٤ [١] .

ويخلص من هذا النص أن صاحب الأرض إذا بنى بأدوات غيره يملك المنشآت التى بناها على التفصيل الذى سنذكره ، وعليه أن يعوض صاحب الأدوات عن ملكية الأدوات التى فقدها . على أنه يجب التمييز فى ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية ، أو كان سيء النية ، ثم إن الذى يملكه صاحب الأرض بالالتصاق هى أدوات البناء ، أما غير أدوات البناء كتمثال يدمجه فى البناء فانه لا يملكه بالالتصاق . ونفصل الآن ما أجملناه .

٩٩ – صاحب الأرض حسن النية : إذا كان صاحب الأرض ، وهو يبنى بأدوات غيره ، حسن النية أى يعتقد أن هذه الأدوات هى ملك له ، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلا بالحيازة . وعلى ذلك لا يكون فى حاجة إلى أن يتملكها بالالتصاق ، ويكون قد بنى فى أرضه بأدوات مملوكة له ، فتكون المنشآت ملكا له ، وتسرى عليها أحكام الحيازة لا أحكام الالتصاق [٢]

وقد يكون صاحب الأرض معتقدا أن الأدوات مملوكة له فيتوافر عنده حسن النية ، ولكن لا يتوافر عنده السبب الصحيح ، كما لو كان حائزا للأدوات بسبب ظنى لا وجود له ، أو تكون الأدوات مسروقة أو ضائعة . فعندئذ لا تتوافر شروط القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ولا يتملك صاحب الأرض الأدوات بالحيازة . ويكون فى هذه الحالة قد بنى فى أرضه بأدوات مملوكة لغيره بالرغم من حسن نيته ، فاذا

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٨٧ (موافق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١١٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢١٤ (موافق) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٥ ص ٢٦٤ – كولان وكابيتان ودى لا موранديير ١ فقرة ١١٤٣ – مازو فقرة ١٥٩٤ .

ما أقام المنشآت تملكها لا بالحيازة بل بالالتصاق ، ويستوى فى ذلك هو وصاحب الأرض سىء النية[1] .

١٠٠ – **صاحب الأرض سىء النية** : أما إذا كان صاحب الأرض سىء النية بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، أو كان حسن النية ولكن لم يتوافر عنده السبب الصحيح ليتملك الأدوات بالحيازة على النحو الذى قدمناه ، فانه يجب التمييز بين فرضين[2] .

(الفرض الأول) ألا يكون ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم[3] ، كأن تكون هذه الأدوات طوبا أو جيرا أو جبساً أو دهانا أو نحو ذلك ، وهذا هو الفرض الغالب . وفى هذا الفرض يتملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها فى الأرض بحيث تصبح عقارا بطبيعته ، وسبب كسب الملكية هنا هو الالتصاق . ومتى تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق على هذا النحو ، فانه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب نقل الملكية . وعلى ذلك لو هدمت المنشآت بعد أن اندمجت فى الأرض ،

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) ولم يكن التقنين المدنى الوطنى السابق يميز بين هذين الفرضين ، بل كان صاحب الأرض يتملك الأدوات فيهما معاً فى مقابل دفع القيمة والتعويض أما فى التقنين المدنى الجديد ، فنرى أن لصاحب الأدوات نزعها من الأرض فى خلال سنة إذا كان نزع الأدوات لا يلحق ضرراً بصاحب الأرض ، وإلا فلا يجوز له نزعها ويكتفى بأخذ قيمتها مع التعويض إن كان له محل (انظر آنفاً ص ٢٦٧ هامش ٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وهذا الحكم (حكم التقنين المدنى الجديد) يختلف عن حكم التقنين الحالى (السابق) فى أن هذا التقنين لايميز بين ما إذا كان نزع المواد يلحق ضرراً بالأرض أولا يلحق ، فى الحالتين يتمسك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها مع التعويض إن كان له محل ، ولا يجوز لصاحب المواد أن يطلب نزعها فى أى حال . وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة فيه أظهر (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٠) .

(٣) وكذلك إذا لم يكن ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق الأرض نفسها ضرر جسيم ، وإن كان الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض غير وارد فى النص . ويمكن تخريج ذلك على مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، فان صاحب الأدوات يتعسف فى استعمال حقه فى المطالبة بنزع الأدوات إذا كان نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً (محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨ ص ٦٧) . بل أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لم تذكر إلا الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض ، وكان الواجب أن تذكر أيضاً ، ومن باب أولى ، الضرر الجسيم الذى يلحق المنشآت (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٠) .

سواء كان ذلك بحادث فجائى أو بفعل صاحب الأرض ، فان صاحب الأدوات لا يستعيد ملكيتها ، سواء كان قد أخذ التعويض عنها من صاحب الأرض أو كان لم يأخذه بعد ، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد أخذه أو لم يعرض رده[1] .

وما دام صاحب الأرض يتملك الأدوات بالالتصاق على النحو الذى ذكرناه ، فانه يكون ملتزما بالتعويض نحو صاحب هذه الأدوات . فعليه أولا أن يدفع له قيمتها ، ويبدو أن القيمة تقدر وقت انتقال ملكية الأدوات لصاحب الأرض ، أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيرورتها عقارا بطبيعته[2] . وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضا عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم استرداده للأدوات التى كانت مملوكة له ، كما لو كان فى حاجة إلى هذه الأدوات وتسبب عن تأخره فى استبدال غيرها بها ضرر له[3] . وليس من الضرورى لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات فى الأرض « بطريق الغش والتدليس » كما كان التقنين المدنى الوطنى السابق يشترط ، ويكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب صاحب الأرض ولو لم يصل هذا الخطأ إلى حد الغش والتدليس ، فان المادة ٢/٩٢٣ مدنى تلزم صاحب الأرض بدفع التعويض « إن كان له وجه » . وغنى عن البيان أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سىء النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له ولكنه لم يتملكها بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٦ – كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٤٣ – جوسران ١ فقرة ١٦٦١ – دى باج ٦ فقرة ٤٦ – مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧١ – شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٤ – عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٧ ص ٣٧٤ – وقارن إذا كان الهدم قبل قيام النزاع آنفاً ص ٢٦٦ هامش ١ . كما لا يجوز لصاحب الأرض أن يلزم صاحب المواد بعد نزعها بأخذها بدلا من التعويض (شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١) .

(٢) دى باج ٦ فقرة ٦٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٣ ص ٥٢ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٣٥٣ – كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٤٣ .

فى صدد هذا التعويض : « . . ودفع (صاحب الأرض) تعويضا لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سيء النية »[1] . وواضح أن ما يلتزم به صاحب الأرض لصاحب الأدوات من دفع قيمة الأدوات والتعويض ليس تطبيقا دقيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب . فان هذا المبدأ كان يقضى بأن يدفع صاحب الأرض أقل القيمتين . قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به صاحب الأدوات . ومن ثم يكون التزام صاحب الأرض بدفع قيمة الأدوات التزاما مصدره القانون لا مبدأ الإثراء بلا سبب . وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة لا ثلاث سنوات[2] . أما التزامه بدفع التعويض فمصدره العمل غير المشروع ، ويتقادم بثلاث سنوات وفقا للقواعد المقررة فى تقادم الالتزامات التقصيرية .

(الفرض الثانى) أن يكون ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم[3] ، كأن تكون الأدوات أبوابا وضعها صاحب الأرض فى البناء أو أدوات صحية ألصقها به أو بلاطا ألصقه بأرضيته أو خشبا من « الباركيه » غطى به أرضية الغرف ، فان هذه الأدوات وأمثالها يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذا النزع ضرر جسيم . وفى هذا الفرض لا يتملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها فى الأرض ، بل تبقى على ملك صاحبها . ويستطيع هذا المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها ، بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد فى خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت فى المنشآت ، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق . فاذا رفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى هذا الميعاد ، كان له أن يسترد الأدوات فقد بقيت على ملكه كما قدمنا . ويلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات ، ويلتزم كذلك بتعويض صاحب الأدوات إن كان لهذا التعويض محل[4] ، ويستوى فى كل ذلك أن يكون صاحب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ .

(٣) وكمثل دون أن يلحق الأرض ضرر جسيم . وقد سبق بيان ذلك (آنفاً ص ٢٦٩ هامش ٣) .

(٤) حسن كيرة ص ٦٦ – وأساس التعويض خطأ فى جانب صاحب الأرض ، فتكون مسئولية هذا الأخير عن التعويض مسئولية تقصيرية . ويدخل فى التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل إدماجها وقيمتها بعد نزعها ، فان هذا الفرق تعويض عن ضرر أصاب صاحب الأدوات بسبب خطأ صاحب الأرض (قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

الأرض سيء النية أو حسن النية ولكنه لم يتملك الأدوات بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح [١] .

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى باسترداداها، فانه لا يستطيع استردادها بعد ذلك [٢]، ويتملكها صاحب الأرض بالالتصاق [٣]. وتكون ملكية صاحب الأرض للأدوات بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف، هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة . وهذا الشرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات، فهو يملكها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد في خلال السنة . فاذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة ، أصبح صاحب الأرض مالكا بحكم الالتصاق للأدوات منذ إدماجها في الأرض بفضل الأثر الرجعي لتحقق الشرط الواقف ، واعتبرت ملكية صاحب الأدوات لهذه الأدوات منذ إدماجها في الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ . وإذا أصبحت ملكية صاحب الأرض للأدوات ملكية نافذة باتة بتحقق الشرط الواقف، وجب عليه أن يدفع قيمة الأدوات لصاحبها وأن يدفع له تعويضا إن كان للتعويض محل ، وذلك كله على التفصيل الذي سبق أن بسطناه في الفرض الأول . وغني عن البيان أن صاحب الأدوات ليس في حاجة لأن ينتظر انقضاء السنة لتقاضي قيمة الأدوات والتعويض ، فان له أن ينزل قبل ذلك عن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر يلحق الأرض . . . ويكون النزع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سيء النية أو حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) .

(٢) والسنة مدة سقوط délai de déchéance لا مدة تقادم ، فلا يرد عليها أسباب الوقف أو الانقطاع (عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٣ ص ٥١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٧ ص ٣٧٤) .

(٣) ولا يجوز لصاحب الأرض في خلال السنة ، حتى لو كان حسن النية ، أن ينزع الأدوات ويجبر صاحبها على استردادها تفاديا من دفع قيمتها مع التعويض ، إذا لم يرد صاحب الأدوات ذلك ، فان الخيار بين نزع الأدوات واستبقائها في الأرض هو لصاحب الأدوات لا لصاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

دعواه فى استرداد الأدوات ، فيستحق قيمتها والتعويض منذ نزوله عن دعواه .

١٠١ – *وضع منقول فى الأرض غير أدوات البناء* : والمفروض فى كل ما تقدم أن الذى أدمجه صاحب الأرض فى أرضه هو من أدوات البناء . أما إذا كان قد أدمج شيئا غير أدوات البناء . كأن أدمج تمثالا أو أثرا ثمينا مملوكا للغير ، فانه لا يتملكه بالالتصاق . ويبقى المنقول على ملكية صاحبه ، وله فى أى وقت أن يسترده ولو بعد انقضاء السنة . بل ولو أحدث نزعه ضررا جسيما بالبناء أو بالأرض ، وكل ذلك ما لم يكن صاحب الأرض قد تملك المنقول بالحيازة أو بالتقادم الطويل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء . أما إذا كان قد أدخل فى بنائه تمثالا أو أثرا ثمينا أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء ، فلا يتملكه بالالتصاق مطلقا . بل يجب نزعه فى أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك . ولو بعد السنة ، بل ولو أحدث النزع ضررا جسيما بالبناء » (١) .

المطلب الثانى

الصورة الثانية – صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره

١٠٢ – *فروض مختلفة* : نواجه فى هذه الصورة الثانية وضعا عكسيا للوضع السابق . ففى الوضع السابق واجهنا صاحب الأرض يبنى بأدوات غيره ، وفى هذا الوضع نواجه صاحب الأدوات يبنى فى أرض غيره . والوضع فى هذه الصورة الثانية هو الأكثر وقوعا فى العمل ، فقل أن نجد مالكا يبنى فى أرضه بأدوات غيره ، ولكن كثيرا ما نجد أجنبيا يبنى بأدواته فى أرض غيره .

وأول الفروض التى تقع لنا فى هذه الصورة الثانية أن يكون للأرض حائز لا يملكها ، ويقيم فيها منشآت . ثم يرفع مالك الأرض دعوى استحقاق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ – وانظر أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٨ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٤ص٥١ – عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٦ ص ٣٧٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٨٩ .

على الحائز ، فيسترد منه الأرض . وفيما يتعلق بالمنشآت التى أقامها الحائز ، يقضى القانون بأنها تكون ملكا لصاحب الأرض ، وقد تملكها بطريق الالتصاق ، وعليه أن يعوض صاحب المنشآت . ويختلف التعويض بحسب ما إذا كان الحائز سيء النية أو حسن النية ، فعندنا إذن فرضان : فرض ما إذا كان البانى سيء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره ، وفرض ما إذا كان البانى حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت . والأحكام التى تسرى على هذين الفرضين هى الأحكام العامة فى الالتصاق فى صورته الثانية .

وليس الأمر مقصورا على الحائز يبنى فى أرض غيره فترفع عليه دعوى الاستحقاق وتسترد منه الأرض والمنشآت (tiers évincé) ، بل إن النصوص عبارتها عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض مملوكة لغيره [١] . ويستوى فى ذلك أن يكون البانى حائز الأرض بنية التملك أو يكون حائزا لها حيازة عرضية ، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والبانى أو أن تكون هذه العلاقة غير موجودة . ومن ثم تسرى أحكام الالتصاق فى الفروض الآتية : (١) فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للبانى فى البناء . (٢) فرض ما إذا بنى المتفع فى الأرض المنتفع بها . (٣) فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . (٤) فرض ما إذا بنى البائع فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، أو بنى المشترى فى هذه الأرض قبل التسجيل . فى هذه الفروض جميعا ، إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق ، وجب عليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت . وقد جعل القانون ، من جهة ، ضمانا لصاحب

---

(١) وهذا بخلاف التقنين المدنى الفرنسى ، فان نص المادة ٥٥٥ منه قد ورد فيها عبارة tiers évincé . وقد حمل ذلك أكثر الفقهاء فى فرنسا على قصر هذه المادة على الحائز الذى يبنى فى أرض غيره وترفع عليه دعوى الاستحقاق . ولكن القضاء الفرنسى نهج نهجاً آخر ، وعمم النص حتى شمل كل شخص يبنى فى أرض غيره ، سواء كان حائزاً بقصد التملك أو كانت حيازته عارضة . على أن الفقه الفرنسى ، إذا كان لا يطبق نفس المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى على الفروض التى يكون فيها البانى غير حائز للأرض بنية التملك ، فانه يجرى على هذه الفروض أحكام هذه المادة بطريق القياس .

المنشآت هو حق حبسها حتى يستوفى التعويض ، ويسر ، من جهة أخرى ، على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز للقاضى أن يجعل الأداء على أقساط دورية .

على أن أحكام الالتصاق لا تسرى فى الفروض التى وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لهذه الأحكام ، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الالتصاق . ونذكر من هذه الفروض ثلاثة : (١) فرض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة . (٢) فرض ما إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه . (٣) فرض ما إذا بنى المحتكر فى الأرض المحكرة .

ويبقى بعد ذلك أن نستبعد فرضين لا ينطبق عليهما أحكام الالتصاق : (١) فرض ما إذا بنى المالك فى الشيوع فى الأرض الشائعة . (٢) فرض ما إذا بنى الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل أو الموكل [1] .

واستثنى القانون أخيرا من أحكام الالتصاق فرضين : (١) فرض ما إذا جار البانى بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة . (٢) فرض المنشآت الصغيرة المقامة فى أرض الغير لا على سبيل الدوام .

فهذه جملة من المسائل قد تجمعت تحت الصورة الثانية التى نحن بصددها ، والتى هى الصورة الأكثر وقوعا فى العمل كما قدمنا . فنبحث هذه المسائل على التعاقب تحت العناوين الآتية : (١) الأحكام العامة فى الالتصاق فى صورته الثانية . (٢) فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق فى صورته الثانية . (٣) أداء التعويض لصاحب المنشآت . (٤) فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق . (٥) فروض تستبعد أصلا من نطاق أحكام الالتصاق . (٦) فروض تستثنى من أحكام الالتصاق .

---

(١) أنظر المادة ٨٩٢ مدنى سورى ، والمادة ١١٢٣ مدنى عراقى ، والمادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

§ ١ – الأحكام العامة فى الالتصاق فى صورته الثانية

١٠٣ – البانى سىء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره – نص قانونى

تنص المادة ٩٢٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت » .

« ٢ – ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة »(١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب هذه الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها وأن يطلب التعويض إذا كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت . ٢ – وكذلك يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت فى مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على حكم الفقرة الأولى وقيل إنه إذا سكت صاحب الأرض ولم يطلب الإزالة فى ميعاد سنة سقط حقه فى طلبها ، وفى هذا تحسين لمركز البانى سىء النية . كذلك قيل إن مدة السنة قليلة ، لأنه قد يكون صاحب الأرض رقيق الحال بحيث لا يتمكن فيها من طلب الإزالة . فأجيب بأن مدة السنة تبدأ من وقت العلم ، وأنه إذا انقضت هذه السنة ولم يطلب صاحب الأرض إزالة المنشآت يكون ذلك بمثابة اختيار ضمنى من صاحب الأرض لاستبقاء هذه المنشآت . واستقر رأى اللجنة ، رغبة فى إيضاح الحكم الوارد فى هذه المادة واستكماله بما يبين حق صاحب الأرض فى طلب إزالة المنشآت أو رضائه ببقائها ، على تعديل الفقرة الأولى من المادة بإضافة العبارة الآتية إلى نهايتها : « وله أيضاً أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى =

والنص جاء فى عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له . ونقتصر

= ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت » . ورأت اللجنة كذلك تعديل الفقرة الثانية كالآتى : « ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة » ، فأصبح النص تحت رقم ٩٢٤ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ومن هذا يتضح أنه إذا مرت سنة ولم يستعمل صاحب الأرض حق الاختيار ، فليس له إلا أن يستبقى المنشآت مع دفع التعويض على الوجه المبين بهذه المادة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٥ – ص ٣١٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٥/١و٢و٣ : فاذا حصل الغراس أو البناء أوغير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه فى ملك غيره ، فالمالك مخير بين إبقاء هذه الأشياء بأرضه وبين إلزام فاعلها بنزعها – فنى حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء ، تكون مصاريف انتزاعها أوهدمها على فاعلها بدون إعطائه تعويضاً ما . ويجوز زيادة على ذلك أن يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الخسارة التى تنشأ عن فعله لصاحب الأرض – وأما إذا اختارصاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء، فيكون مخيراً بين دفع قيمة الغراس أو البناءمستحق القلع وبينمبلغ مساو لما زاد فى قيمةالأرض بسببما حدث بها .

التقنين المدنى المختلط م ٩٠ : إذا لم يثبت حصول الإذن من المالك بدون شرط ولاقيد ، تعتبر الأرض عارية ، ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وإزالة الغراس وبين إبقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة .

(والتقنين المدنى الوطنى السابق هو الذى يتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن التقنين الوطنى السابق لم يضرب أجلا (سنة) لصاحب الأرض فى طلب الإزالة ، ولم يجعل لصاحب المنشآت الحق فى طلب نزع المواد دون الإضرار بالأرض إذا لم يختر صاحب الأرض استبقاء المنشآت) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى م ٨٨٨(موافق).
م ٣/٨٩٠ : وإذا كان هذا الغير (سيء النية) قد بنى أو غرس ، فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس،مالم يفضل مالك الأرض إبقاءها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء والغرس ، بعد حسم المصاريف التى يتكبدها الغير فيما لو ألزم بنزعها .

م ٨٨٥ : ١ – يصبح مالك الأرض مالكاً بطريق الالتصاق للبذار الذى بذره الغير فى أرضه ، بشرط أن يدفع له قيمة البذار . غير أنه يحق له إذا شاء ترك المحصولات لهذا الغير مقابل دفع أجرة المثل عن سنة واحدة . ٢ – إذا لم يكن قد فات زمن البذار ، فيحق لمالك الأرض أن يحمل الغير الذى بذرها على نزع بذاره بدون تعويض عليه عن أعمال الحراثة والبذر .
(ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م ٩٢٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١١٩ : إذا أحدث شخص بناء أو غرساً أو منشآت أخرى =

هنا على تطبيقه فى أحد فروضه ، هو الفرض الذى يكون فيه البانى فى أرض غيره حائزا للأرض بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقا للقواعد التى سنذكرها فيما بعد. وهذه القواعد هى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما يتعلق بالبانى فى أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له ، نوردها هنا ، على أن نطبقها بعد ذلك فى فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها .

ونفرض الآن أن شخصا وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد الأرض ، فعند ذلك تأتى مسألة المنشآت . ويفترض بادىء ذى بدء ، أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت ، فاذا ادعى مالك الأرض أنه سىء النية ، أى يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وقد أقام المنشآت دون رضاء مالك الأرض : فعلى هذا الأخير يقع عبء الإثبات[١] . وعلى ذلك يجب على مالك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت ، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض ، أو أنه حازها فى مبدأ الأمر وهو

=بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها . فاذا كان القلع مضراً بالأرض ، فله أن يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع .

م ١١٢٤ : فاذا بذر أجنبى فى أرض الغير بدون إذن ونبت البذر ، كان لمالك الأرض الخيار فى أن يتملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبى حتى الحصاد بأجر المثل .

(لا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢١٥ (موافق) .

م ٢١٧ (موافق للمادة ٣/٨٩٠ سورى) .

م ٢١٢ (موافق للمادة ٨٨٥ سورى) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا بنى شخص على أرض مملوكة لغيره ، فالمكلف باثبات سوء نية البانى هو مالك العقار ، الذى ليس له أن يطلب إزالة البناء مالم يثبت سوء نية البانى . ولا يعتبر البانى سىء النية لمجرد كونه وارثاً لمستأجر العقار (استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨١ ص ١٥٩) – وقارن استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٢٣ – ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ .

حسن النية بأن اعتقد أنه وارث لها أو أنها آلت إليه عن طريق الوصية ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارث أو أن الوصية باطلة أو عدل عنها الموصي ومع ذلك بقى حائزا للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له[1].

فى هذا الفرض ، عند ما يسترد مالك الأرض أرضه وتأتى مسألة المنشآت التى أقامها الحائز : يضع القانون فى هذه المسألة قواعد مفصلة : يستخلص منها أنه يجب تمييز بين عهدين :

(العهد الأول) السنة التى تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه مالك الأرض باقامة المنشآت ، وعبء إثبات العلم هنا يقع على صاحب المنشآت ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات لأن العلم واقعة مادية . فى خلال هذه السنة يكون صاحب الأرض بالخيار بين أمرين : الأمر الأول أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها ، ويطلب منه فوق ذلك أن يعوض عما عسى أن تحدثه إزالة المنشآت من ضرر بالأرض ، وهذا جزاء سوء نية من أقام المنشآت فقد أقامها فى الأرض وهو يعلم أنها غير مملوكة له . وفى هذه الحالة يهدم صاحب المنشآت منشآته ويأخذها أنقاضا بعد أن يدفع مصروفات الهدم ، ولا محل هنا لإعمال الالتصاق سببا لكسب الملكية فقد أزيلت المنشآت ولم يتملكها صاحب الأرض[2] . والأمر الثانى إذا لم يطلب صاحب

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يصح لمن شيد بناء على أرض غيره أن يدعى حسن النية فيما فعل توصلا إلى استبقاء البناء ، إذا كانت عقوده التى يدافع بها لا تعطيه هذا الحق وتنفى عنه حسن النية (استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٠٣) ، وذلك كأن يكون العقد الذى يتمسك به هو عقد إيجار لا يجعل له الحق فى البناء (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢) . ويعتبر فى حكم سيء النية المشترى من غير المالك إذا كان قد أهمل مطالبة البائع بالسند الذى يثبت ملكية هذا الأخير (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٥٠) ، أو أهمل فحص هذا السند (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٢) أنظر فى انتقاد إعطاء الحق لمالك الأرض فى طلب الإزالة ، إذ أن الإزالة هدم والهدم يتعارض مع روح العصر فى التشجيع على البناء : كاربونييه ص ٢٤٠ .

الأرض إزالة المنشآت ، فله أن يعلن فى خلال السنة إرادته فى استبقاء المنشآت فى الأرض ، وعند ذلك يتملكها بالالتصاق[١] . وعليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت أقل القيمتين : (١) قيمتها مستحقة الإزالة ، فقد كان من حقه أن يطلب إزالتها فله أن يستبقيها مستحقة الإزالة ، أى أنه يدفع قيمة الأنقاض منقوصا منها مصروفات الهدم . (٢) قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، وتقدر هذه القيمة بخبير عند الاقتضاء[٢] ، وتمثل المقدار الذى اغتنى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت[٣] . ويلاحظ ،

---

(١) ويعتبر مالك الأرض قد اختار ضمناً استبقاء المنشآت إذا هو باع الأرض بما عليها من هذه المنشآت (نقض فرنسى ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ دالloz الأسبوعى ١٩٢٨ – ٣٨٤) .

(٢) والعبرة فى تقدير هذه القيمة بوقت الاستحقاق (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٥ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٢ ص ٩٨ – شفيق شحاتة فقرة ٢٣٤ ص ٣٤٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧ ص ٦٠ – عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٩ – استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٨٩ – ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٥) . ويقدر الخبير ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت ، ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المنشآت ، والفرق ما بين الثمنين هو مازاد فى ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت (أنظر بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢).

هذا والتعويض الذى يدفعه صاحب الأرض لصاحب المنشآت على التفصيل الذى قدمناه يستحق فى ذمة من يكون مالكاً للأرض وقت المطالبة بهذا التعويض ، حتى لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامة المنشآت ، وهذا لا يخل بحق المالك الأخير فى الرجوع على المالك الأول (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٩ – أنسيكلوبيدى دالloz ١ لفظ Construction فقرة ٦٣ – فقرة ٦٧ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٨).

(٣) ويجب أن يخصم من قيمة التعويض الذى يستحقه الحائز سيء النية قيمة الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، فان هذه المنشآت أصبحت مملوكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ إدماجها فى الأرض ، والحائز يضع عليها وهو سيء النية فيكون مسئولا عن الثمار ماحصله وما أهمل فى تحصيله (م ٩٧٩ مدنى) . أما البانى حسن النية ، فانه يتملك الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، ولا يحاسب إلا على الثمار التى قبضها منذ تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ – أنسيكلوبيدى دالloz ١ لفظ Construction فقرة ٤٧ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٧ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ ص ٧٨) .

ويرى بعض الفقهاء أنه فى نظير رد الحائز سيء النية للثمار ، يتقاضى هذا الحائز الفوائد القانونية عن التعويض المستحق له فى حدود مازاد فى ريع الأرض بسبب المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ – وقارن بودرى وشوفو فقرة ٣٦٣ ويفضل عدم رد الثمار بدلا من تقاضى الفوائد) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز لا يستحق فوائد عن التعويض مادام حائزاً للأرض والبناء (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٢) .

أولا ، أننا قد انحرفنا عن قواعد الإثراء بلا سبب : فقد كانت هذه القواعد تقضى على صاحب الأرض بأن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المنشآت . وهو هنا يدفع أقل القيمتين : قيمة ما اغتنى به هو وقيمة الأنقاض بعد هدم المنشآت . وهذه القيمة الأخيرة تكون عادة أقل من قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت ، إذ أن هذه القيمة الأخيرة هى قيمة المواد وأجرة العمل . فيكون صاحب المنشآت قد عومل معاملة أسوأ مما تقضى به قواعد الإثراء بلا سبب ، وذلك كما قدمنا جزاء له على سوء نيته [1] . وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه ليس مصدره الإثراء بلا سبب ، بل مصدره هو القانون فهو الذى قضى بذلك ، وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون ، لا ثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب [2].

ويلاحظ ، ثانيا ، أن تخيير صاحب الأرض بين دفع قيمة الأنقاض بعد هدم المنشآت وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت يستفاد منه أن قيمة ما زاد فى ثمن الأرض قد تكون أقل من قيمة الأنقاض ، فيختار

---

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فقد عومل البانى سىء النية ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى سىء النية فى التقنين المدنى المصرى ، إذ أجيز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، فان استبقاها وجب عليه دفع تكاليف المنشآت (قيمة المواد وأجر العمل) . بل إن البانى سىء النية فى التقنين المدنى الفرنسى كان يعامل ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى حسن النية من وجه ، فان صاحب الأرض كان يلتزم بأن يدفع للبانى حسن النية أقل القيمتين : تكاليف البناء أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت وهى تكون عادة أقل من تكاليف البناء . والسبب فى هذا الحكم الغريب يرجع إلى تاريخ صياغة المادة ٥٥٥ مدنى ، فقد كانت فى صياغتها الأولى تجعل الحكم واحداً بالنسبة إلى البانى سىء النية والبانى حسن النية ، ثم أضيفت إليها فقرة أخيرة خاصة بالبانى حسن النية أعطى بها لصاحب الأرض الخيار المتقدم ، دون أن يعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية . ولكن صدر أخيراً فى فرنسا قانون ١٧ مايو سنة ١٩٦٠ يعالج هذا العيب ، ويعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية (مازو فقرة ١٥٩٨ ص ١٢٧١) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

صاحب الأرض دفعها دون دفع قيمة الأنقاض . ولا يتصور أن تكون قيمة الأنقاض أكبر من قيمة زيادة ثمن الأرض إلا إذا افترضنا أن مواد البناء قد علا سعرها لظروف استثنائية ، فأصبح نزع القديم منها كالأبواب والشبابيك والأدوات الصحية ونحوها يعود بقيمة أكبر من قيمة بقائها فى الأرض وما ينتج عن ذلك من زيادة ثمن الأرض . وهذا الافتراض لا يتحقق ، كما قدمنا ، إلا فى ظروف استثنائية محضة .

وفى خلال السنة أيضا ، وفى الوقت الذى يكون فيه لصاحب الأرض الخيار الذى قدمناه ، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدنى ، كما قدمنا ، بأنه « يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . ويخلص من ذلك أن صاحب المنشآت يستطيع ألا ينتظر سنة كاملة حتى يستعمل صاحب الأرض خياره ، إذ يستطيع هو منذ البداية دون أن ينتظر انقضاء السنة أن يبادر إلى طلب نزع المنشآت ، فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول نزع المنشآت أو على استعمال خياره فى استبقائها مع دفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه . ولكن يشترط فى ذلك أن يكون نزع المنشآت ليس من شأنه أن يلحق ضررا بالأرض ، وإلا حملنا هذا الضرر لصاحب الأرض دون مسوغ إذا هو اضطر أن يقبل نزع المنشآت دون أن يطلب استبقاءها . وعلى هذا النحو يكون وضع الطرفين فى خلال السنة على الوجه الآتى : لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة أو الاستبقاء مع دفع أقل القيمتين ، وكذلك لصاحب المنشآت أن يطلب الإزالة إذا كانت لا تلحق بالأرض ضررا فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول الإزالة أو على استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين وذلك منذ البداية وقبل انقضاء السنة .

(العهد الثانى) عند انقضاء السنة . فاذا انقضت السنة دون أن يختار صاحب الأرض الإزالة أو يعلن إرادته فى الاستبقاء [1] ، ودون أن يطلب

---

(١) ولا يشترط رفع الدعوى بالإزالة كما اشترط رفع دعوى الاسترداد فى المادة ٩٢٣ مدنى ، إذ لم يصرح فى المادة ٩٢٤ مدنى برفع الدعوى كما صرح فى المادة ٩٢٣ مدنى برفع دعوى الاسترداد . فيكفى إذن إبداء الرغبة ولو بكتاب مسجل ، بل ولو شفويا ، ويكون عبء الإثبات على صاحب الأرض (أنظر فى هذا المعنى عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ هامش ١) .

صاحب المنشآت نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا ، فان المنشآت تبقى فى الأرض ، ويتملكها صاحب الأرض بالالتصاق . ويجبر صاحب الأرض على استبقائها لأنه لا يستطيع طلب الإزالة بعد أن انقضت السنة [١]، كما يجبر على دفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه .

ولكن يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدنى ، عندما أجازت لصاحب المنشآت طلب نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا ، لم تحدد ميعادا لهذا الطلب ، كما حددت الفقرة الأولى من المادة نفسها ميعاد سنة لصاحب الأرض فى طلب الإزالة . وعلى ذلك يبدو أنه يجوز لصاحب المنشآت ، حتى بعد انقضاء السنة ، طلب نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا . وعند ذلك يكون صاحب الأرض مخيرا بين قبول النزع أو استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين . أما إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها بعد انقضاء السنة وطالب صاحب الأرض بدفع التعويض ، فان هذا الأخير يكون مجبرا على دفع أقل القيمتين لصاحب المنشآت [٢] .

وتكون ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف ، هو ألا تنزع المنشآت من الأرض ، لابناء على طلب صاحب الأرض فى خلال السنة وليس هذا شرطا إراديا محضا لأن الأمر لا يتوقف على محض إرادة صاحب الأرض بل تختلط بارادته ظروف تكيف من هذه الإرادة ، ولا بناء على طلب صاحب المنشآت فى أى وقت واستجابة صاحب الأرض لهذا الطلب . فاذا لم تنزع المنشآت من الأرض ، تحقق الشرط الواقف ، وأصبحت ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق

---

(١) قارن عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ هامش ١ .

(٢) ويؤيد ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « فاذا مضت السنة ، أو إذا لم يختر (صاحب الأرض) الإزالة ، تملك المنشآت بالالتصاق ، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو مازاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . فاذا لم يدفع أقل القيمتين ، كان للبانى أن يلزمه بالدفع ، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) . وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ – إسماعيل غانم ص ٥٨ – عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ – وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٢٣ ص ٢٤٤ هامش ١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٩٢ – ص ٢٩٣ – حسن كيرة ص ٦٩ – ص ٧٠ .

الالتصاق ملكية نافذة باتة ، وكان لتحقق الشرط أثر رجعى فتستند ملكية صاحب الأرض للمنشآت إلى وقت إدماجها فى الأرض .

٤٠١ – البانى حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت – نص قانونى :
تنص المادة ٩٢٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها » .

« ٢ – إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ماهو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى فى الفقرة الأولى وردت فيه عبارة « حسن النية » بدلا من عبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها » ، وفى الفقرة الثانية وردت فيه عبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » بدلا من عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، ووردت فيه أيضاً عبارة « إذا سمحت الظروف » متخللة عبارة « كان له أن يطلب تمليك الأرض » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٧ فى المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة « إذا سمحت الظروف » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أن تحل عبارة « يعلم أنها مملوكة له » محل عبارة « حسن النية » فى الفقرة الأولى ، حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة وعبارة المادة السابقة . فأجيب بأنه لا يمكن النص على العلم أوعدمه فى هذه المادة لأنه قد يكون البانى مستأجراً فهو يعلم أنه ليس مالكاً ولكنه يعتقد أن له الحق فى البناء ، فاستعاضت اللجنة عن عبارة « حسن النية » فى الفقرة الأولى بعبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها » لتعيين معنى حسن النية على وجه الدقة فى تطبيق أحكام هذه الفقرة . واستبدلت فى الفقرة الثانية بعبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبت من عدم الاستطاعة . وأصبح النص ، تحت رقم ٩٢٥ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٩ – ص ٣٢٢) .

–

وهنا أيضا جاء النص فى عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت

ويقابل النص فى التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٥/٤ : إنما إذا كان البناء أو الغرس حصل من شخص فى أرض تحت يده على زعم أنها ملكه ، ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه عدم وقوع غش منه فى وضع يده عليها ، فليس لمالك الأرض أن يطلب إزالة شىء مما ذكر ، بل يكون مخيراً بين دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع ما زاد فى قيمة الأرض بسبب ما حدث فيها . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المدنى الجديد فيما يأتى : (١) يفترض نص التقنين السابق أن البانى قد حاز الأرض بنية تملكها ، أما التقنين الجديد فعبارته عامة تشمل كل شخص بنى فى ملك غيره ولو كانت حيازته عارضة . (٢) يجعل التقنين الجديد للبانى حسن النية حق طلب نزع المنشآت ، أما التقنين السابق فلا يجعل له هذا الحق. (٣) يجعل التقنين الجديد لصاحب الأرض الحق فى طلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت نظير تعويض عادل إذا بلغت المنشآت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، أما التقنين السابق فلا يجعل لصاحب الأرض هذا الحق) .

م ٩١ مختلط : إذا كان لدى من غرس أو بنى أسباب معقولة ليعتقد أنه مالك ، فلا يصير إزالة الغراس أو البناء ، بل للمالك أن يدفع ما زاد على قيمة العقار بحسب ما يقدره أهل الخبرة . (ويختلف التقنين المختلط عن التقنين الوطنى فى أنه يلزم صاحب الأرض أن يدفع لصاحب المنشآت ما زاد فى قيمة الأرض ، ولا يخيره بين دفع هذه القيمة ودفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة – كما يفعل التقنين الوطنى) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى ٨٨٩ : ١ – إذا كان الغير الذى شيد الأبنية أو غرس الأغراس ذا نية حسنة ، فلا يكون مسئولا تجاه مالك العقار عن الثمار التى استوفاها ، ولا تقع عليه إلا تبعة التلف أو الضرر الذى حدث بسببه . ٢ – وإذا كان قد بنى أو غرس على الأرض المطلوب استرجاعها ، فلا يجبر على نزع الأبنية التى بناها ولا الأغراس التى غرسها ، ويدفع له تعويض عن التحسين الذى حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأغراس . ٣ – وإذا كانت الأبنية والأغراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض ، فلصاحب الأغراس والأبنية الحق فى أن يتملك الأرض المبنى عليها أو المغروسة لقاء قيمة رقبتها للمالك . (ويختلف التقنين السورى عن التقنين المصرى فى أنه يفترض أن البانى يحوز الأرض بنية تملكها ، وفى أنه لا يجعل لصاحب المنشآت إلا الحق فى تقاضى قيمة ما زاد فى ثمن الأرض دون قيمة المواد وأجرة العمل ، وفى أنه يجعل لصاحب المنشآت الحق فى تملك الأرض إذا زادت قيمة المنشآت على قيمة الأرض) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٢٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٠ : إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعى ، فان كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يتملك الأرض بثمن مثلها . وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يتملكها بقيمتها قائمة . (ويختلف التقنين

فى أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها : ولكننا نقتصر ، كما اقتصرنا فى المادة السابقة ، على تطبيق النص فى أحد فروضه ، هو الفرض الذى يكون فيه البانى فى أرض غيره حائزا للأرض بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقا للقواعد التى سنذكرها فيما بعد . وهذه القواعد هى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما يتعلق بالبانى حسن النية ، وتكمل الأحكام التى سبق أن أوردناها فى خصوص البانى سىء النية . وسنطبق هذه الأحكام جميعا ، فيما يتعلق بالبانى حسن النية كان أو سيئها ، فى فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها كما سبق القول [١] .

ونفرض هنا ، كما فرضنا فيما تقدم [٢] ، أن شخصا وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى استحقاق على الحائز ، واسترد الأرض . والمفروض أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت ، إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه سىء النية كما قدمنا [٣] . ومعنى حسن النية هنا أن يعتقد البانى أن له الحق فى إقامة المنشآت ، وليس معناه حتما أنه يعتقد أنه يملك الأرض [٤] . فاذا أثبت صاحب الأرض أن

=العراق عن التقنين المصرى فى أنه يوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت ، فاذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض كان لمن أقام المنشآت تملك الأرض بثمن مثلها ، وإن كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت كان لصاحب الأرض أن يتملك المنشآت بقيمتها مستحقة البقاء) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢١٦ (موافقة للمادة ٨٨٩ سورى) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) فيكفى إذن حسن النية بهذا المعنى ، ولا يشترط السبب الصحيح كشرط مستقل . فمن وضع يده على أرض بعقد باطل كالمشترى للأرض الموقوفة (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٠٧ ص ٣٦٩) ، أو بسبب ظنى كالبانى فى أرض بور يعتقد أنه تملكها بالاستيلاء (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٠) ، يكون مع ذلك حسن النية (عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٦ ص ٥٦ – ص ٥٧) .

البانى كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه لا يملك الأرض ، فان ذلك لا يكون قاطعا فى إثبات سوء نيته [١] ، إذ يبقى بعد ذلك أن يثبت البانى أنه بالرغم من علمه بعدم ملكيته للأرض كان يعتقد وقت أن أقام المنشآت أن له الحق فى إقامتها[٢] . مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض فى إقامة المنشآت [٣] ، أو أنه منتفع رخص له مالك الرقبة فى البناء على الأرض المنتفع بها[٤]، أو أنه مستأجر رخص له المؤجر فى أن يقيم منشآت فى الأرض المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير هذه المنشآت [٥] ، أو كان يعتقد أن له حق حكر يخوله البناء[٦] . فاذا كان البانى حائزا للأرض بنية تملكها ، فان حسن نيته يتمثل عادة فى اعتقاده أنه يملك الأرض ، كما لو وضع يده على أرض يعتقد أنه ملكها بالميراث أو بالوصية أو بعقد ، ولم يكن يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه فى الحقيقة غير وارث أو أن الوصية قد رجع فيها الموصى أو أن العقد باطل .

ففى هذا الفرض لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، كما كان له هذا الحق فيما إذا كان الحائز سىء النية على النحو الذى قدمناه[٧] . ذلك بأننا أجزنا لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز ، أما هنا فالحائز حسن النية فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة . وللحائز أن يطلب استبقاء المنشآت فى الأرض ، وفى هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالالتصاق . وعليه أن يعوض الحائز ،

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٥ .

(٢) ولا يغير من حسن نيته أن يعلم ، بعد إقامته للمنشآت ، أن ليس له حق فى إقامتها .

(٣) انظر ما يلى فقرة ١٠٥ .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١٠٥ فقرة ١٠٦ .

(٥) انظر مادار فى هذا الصدد فى لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ . وانظر فيما يتعلق بالمستأجر وفى أنه يخضع لأحكام وردت بها نصوص خاصة مايلى فقرة ١١٠ . والتمثيل بالمستأجر هنا مقصور على استعراض حالة يكون فيها البانى عالماً بأنه لا يملك الأرض ولكنه يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامة المنشآت ، وليس معناه أن أحكام الالتصاق تنطبق حتماً عليه دون أى تحوير فيها (قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٨ ص ٨٦ هامش ٢) .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥ .

(٧) انظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

وله فى هذا التعويض الخيار فى أن يدفع أقل القيمتين . فاما أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه هى القيمة التى افتقر بها الحائز ، أو أن يدفع مبلغا يساوى ثمن ما زاد فى قيمة الأرض بسبب المنشآت وهذه هى القيمة التى اغتنى بها صاحب الأرض . فصاحب الأرض إذن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به وقيمة ما افتقر به الحائز . وهذا هو عين ما يدفعه طبقا للقواعد المقررة فى الإثراء على حساب الغير . ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك فى حالة الحائز سىء النية فيما قدمناه ، لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، ولأن هذه القيمة (وهى قيمة أنقاض البناء منقوصا منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الأخريين اللتين يخير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سىء النية . وإذا كان صاحب الأرض يخير ، فى حالة الحائز حسن النية ، بين دفع قيمة ما اغتنى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افتقر به الحائز (قيمة الأدوات وأجرة العمل) ، فيبدو أن ذلك ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء على حساب الغير ، وإلا لما كان هناك حاجة إلى النص على ذلك ، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحالة على هذه القواعد . ويحسن القول ، تنسيقا لأحكام الالتصاق فى مجموعها ، إن التزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائز وتقدير هذا التعويض بقيمة معينة ، فى جميع فروض الالتصاق – حتى فى الفرض الذى نحن بصدده حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذى تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير – هو التزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير[١] . ومن ثم يتقادم هذا الالتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات ، شأنه فى ذلك شأن الالتزامات الأخرى التى ينشئها القانون فى صدد التملك بالالتصاق[٢] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣ – ويترتب على أن الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثراء بلا سبب أن فى الإثراء بلا سبب لو تهدم البناء قبل المطالبة ، كان لصاحبه المطالبة بالرغم من تهدمه ، أما هنا فيبدو أن ليس لصاحب البناء إذا كان البناء قد تهدم قبل المطالبة أن يطالب بشىء . (انظر فى هذا المعنى عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧ ص ٦٠) .

ولما كان البانى فى أرض غيره فى الفرض الذى نحن بصدده حسن النية ، فقد أولاه القانون رعاية خاصة فى أمرين : (الأمر الأول) أنه أجاز له ، بدلا من تقاضى أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه . أن يطلب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة فى ذلك . وقد تتحقق هذه المصلحة فيما إذا كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها . وكانت قيمتها بعد النزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض على الوجه السابق بيانه . ولكنه يلتزم فى هذه الحالة باعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها . أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر بسبب نزع المنشآت(١). وإذا كان للبانى حسن النية طلب نزع المنشآت على الوجه المتقدم ، فان هذا حق له لا واجب عليه (٢) فليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك . وقد قدمنا أنه ليس لصاحب الأرض طلب الإزالة . (والأمر الثانى) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى فيما رأيناه من أنه « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها . كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل ». ويلاحظ أننا لم نقف هنا عند معيار موضوعى كما وقف التقنين السورى والتقنين العراقى والقانون اللبنانى (٣) . فلم نوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت . ولم نجعل لصاحب المنشآت أن يتملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض . بل أخذنا بمعيار ذاتى . فجعلنا العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصيا . فان كان يرهقه أن يؤدى لصاحب

---

(١) ويمكن القول مع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إنه إذا كان نزع المنشآت يحدث بالأرض ضرراً جسيماً . لم يجز لصاحب المنشآت طلب نزعها ، وإلا كان فى هذا تعسف فى استعمال حقه (انظر المذكرة الإيضاحية إذ تقول : « هذا كله إلا إذا طلب البانى نزع الأدوات ولم يكن نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١) . انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٥ – إسماعيل غانم ص ٥٨ – عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٣ هامش ١ .

(٢) إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدنى ، كما رأينا : « هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها » .

(٣) انظر آنفاً ص ٢٦٤ هامش ١ .

المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التي أقيمت . كان له ، بدلا من تملك المنشآت بالالتصاق ، أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت ، على أن يدفع هذا له تعويضا عادلا عن الأرض يقدره الخبير عند الاقتضاء[١]. ويجوز للقاضي أن يجعل أداء هذا التعويض على أقساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت ، أسوة بسائر أنواع التعويض التي تستحق بسبب الالتصاق[٢]. وقد كان نص المشروع التمهيدي في هذا الصدد يقضي ، كشرط لتمليك الأرض لصاحب المنشآت ، عدم استطاعة صاحب الأرض دفع المستحق عليه إذا هو تملك المنشآت . فعدل النص في لجنة مجلس الشيوخ واكتفى بأن يكون الدفع مرهقا لصاحب الأرض ، « لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبت من عدم الاستطاعة »[٣] . ويملك صاحب المنشآت الأرض ،

(١) وقد كان القضاء المختلط يجرى في بعض أحكامه على هذا المبدأ دون نص ، بالتطبيق لقواعد العدالة (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٠ – ٢٠ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٦ – ١٢ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٧ – ٢١ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ – ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٤ – ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٢) . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التعويض العادل يمكن أن يكون أقل من قيمة الأرض الحقيقية ، نظراً لأن الأرض تملك لصاحب المنشآت وهو حسن النية جبراً عليه (عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٢ ص ٣٨١) . ويمكن القول بأنه إذا ثبت خطأ في جانب صاحب الأرض بأن تركها مثلا تتنقل من يد إلى يد دون تحوط منه إلى أن استقرت في يد حائز حسن النية ، أمكن أن يكون صاحب الأرض مسئولا عن هذا الخطأ ، وقد يستنزل جزء من قيمة الأرض كتعويض مستحق في ذمة صاحب الأرض لصاحب المنشآت . انظر أيضاً في هذه المسألة منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٤ – ص ٢٩٥ .

(٢) انظر المادة ٩٢٧ مدني فيما يلي فقرة ١١١ .

(٣) انظر ما دار في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ – وقد جرت في لجنة مجلس الشيوخ أيضاً موازنة بين الحكم الوارد في المادة ٢/٩٢٥ مدني وحكم الفقه الإسلامي الذي يقضي بأنه إذا اتضح أن قيمة البناء تزيد على قيمة الأرض كان صاحب الأرض بالخيار بين تمليك الأرض لصاحب المنشآت أو استبقاء هذه المنشآت . وواضح أن معيار الفقه الإسلامي ، وهو زيادة قيمة المنشآت على قيمة الأرض ، هو معيار موضوعي أو مادي . وواضح أيضاً أن المعيار الذي أخذت به المادة ٢/٩٢٥ مدني وهو أن يرهق التعويض صاحب الأرض شخصياً ، هو معيار شخصي أو ذاتي . وفي ضوء ما هو واضح في شأن كل من المعيارين يجب فهم العبارة التي وردت في محضر لجنة مجلس الشيوخ على لسان رئيس اللجنة من « أن المعيار الوارد في المادة معيار شخصي وأن المعيار الوارد في الفقه الإسلامي =

إذا توافر شرط الإرهاق . لا بحكم الالتصاق . فان الالتصاق إنما يكون سببا لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتملك صاحب المنشآت للأرض . وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع التعويض بحكم القانون ، بناء على إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض . وقد قصر حق تمليك الأرض لصاحب المنشآت على حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية ، لأنه فى حالة البناء بسوء نية يستطيع صاحب الأرض أن يتفادى الارهاق بأن يطلب الإزالة ، فى حين أنه فى حالة البناء بحسن نية لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالة فأعطى عوضا عنه حق تمليك الأرض لصاحب المنشآت تفاديا للإرهاق [1] .

وإذا ملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق على النحو الذى قدمناه ، فان ملكيته هذه تكون معلقة على شرط واقف ، هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزعها أو يطلب هو تمليك الأرض لصاحب المنشآت . فاذا تحقق الشرط الواقف . ولم تنزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على ملك صاحبها . فان صاحب الأرض يتملك المنشآت بالالتصاق كما قدمنا ، ويكون لتحقق الشرط أثر رجعى ، فيستند إلى الوقت الذى أدمجت فيه المنشآت فى الأرض ، وقد سبق تقرير ذلك فى مواضع مختلفة [2] .

§ ٢ ــ فروض أخرى تسرى فيها الأحكام العامة للالتصاق فى صورته الثانية

١٠٥ ــ فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للبانى فى البناء ــ نص قانونى : تنص المادة ٩٢٦ مدنى على ما يأتى :

« إذا أقام أجنبى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق فى شأن هذه المنشآت

= معيار مادى ، وأنه يفضل المعيار الشخصى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٢) . ففى الشطر الأخير من العبارة ، كما هو ظاهر من استبقاء المعيار الشخصى دون المعيار الموضوعى ، أن رئيس اللجنة يفضل (يؤثر) المعيار الشخصى ، لا أن المعيار الموضوعى يفضل (أفضل من) المعيار الشخصى . قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٨ ص ١٠٦ هامش ١ : وهو يأخذ بالمعيار الموضوعى ويشترط زيادة قيمة البناء على قيمة الأرض .

(١) أنظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٢ ص ٣٨١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣ .

أن يطلب إزالتها . ويجب عليه . إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ، أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة »[١] .

ويخلص من هذا النص أننا نواجه.هنا فرضا يكون فيه البانى غير حائز للأرض بنية تملكها ، إذ هو قد حصل على ترخيص من صاحب الأرض فى إقامة البناء . وهذا إقرار منه بأن الأرض ليست ملكه ، ولا يضع يده عليها بنية تملكها . ولكنه بالترخيص الذى حصل عليه من صاحب الأرض يكون له الحق فى إقامة البناء ؛ ومن ثم يكون فى وضع الحائز حسن النية الذى يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت . والمفروض أن الترخيص قد سكت عن مصير المنشآت ، فليس هناك اتفاق بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت على ما إذا كان صاحب الأرض يتملك هذه المنشآت . وفى نظير

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٦١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٣ – ص ٣٢٤) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى المختلط م ٨٩ : من بنى أو غرس فى أرض بإذن صريح من مالكها ، بدون شرط ولاقيد ، يكون مالكاً لتلك الأرض . (وهذا الحكم غريب يخرج على القواعد المألوفة ، إذ يملك الأرض لصاحب المنشآت لمجرد ترخيص صاحب الأرض فى إقامة المنشآت دون شرط ولاقيد . ويعتبر أن هذا الترخيص بمثابة تمليك ضمنى للأرض . والصحيح هو ما ورد فى المادة ٩٢٦ من التقنين المدنى الجديد ، إذ المعقول أن كل ما يترتب على ترخيص صاحب الأرض فى إقامة منشآت فى أرضه أن يعتبر صاحب المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت عند إقامتها) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢١ : إذا أحدث شخص منشآت من عنده وعلى أرض غيره بإذن ، فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه ، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات . ويجب عليه . إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ، أن يؤدى إليه قيمتها قائمة . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى لا يجعل الخيار لصاحب الأرض فى تعويض صاحب المنشآت بإعطائه أقل القيمتين ، بل يلزمه بأن يؤدى قيمة المنشآت قائمة ، كما هو شأن أى حائز حسن النية فى هذا التقنين : م ١١٢٠ مدنى عراقى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

أية قيمة يكون هذا التملك . أو ما إذا كان له أو لصاحب المنشآت الحق في طلب إزالتها . وكان المثل الظاهر لهذا الوضع هو المستأجر ، يرخص له المؤجر في البناء في العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت [١] ؛ لو لا أن القانون أورد نصوصا خاصة بعقد الإيجار يجب تطبيقها دون تطبيق الأحكام العامة في الالتصاق على ما سيجيء [٢] . ويمكن افتراض أن البانى قد بنى في أرض ترتب له عليها حق انتفاع . وقد بنى بترخيص من مالك الرقبة دون أن يتضمن هذا الترخيص اتفاقا على مصير البناء ، فهنا يكون المنتفع قد بنى في الأرض المنتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض [٣] .

وفي هذا الفرض لا شك في وجوب اعتبار البانى حسن النية . فهو وإن كان يعلم أنه غير مالك للأرض . إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض في البناء . فله إذن الحق في إقامته . وعلى هذا يكون في وضع مماثل تماما لوضع الحائز الذي يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة البناء . وهو الوضع المنصوص عليه في المادة ٩٢٥ مدنى فيما قدمناه .

وعلى ذلك فالواجب تطبيق أحكام المادة ٩٢٥ مدنى في هذا الفرض . وقد طبقت المادة ٩٢٦ مدنى سالفة الذكر فعلا هذه الأحكام . فهي تقضى بأن مالك الأرض لا يجوز له ، بعد أن رخص في إقامة البناء . أن يطلب إزالته . فيبقى البناء إذن في الأرض . ويتملكه صاحب الأرض بالالتصاق . ويدفع تعويضا للبانى أقل القيمتين . قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء وقيمة المواد مع أجر العمل . ويجوز للبانى . لا لصاحب الأرض . أن يطلب نزع البناء من الأرض . على أن يعيد الأرض إلى أصلها أو يعوض صاحبها عن الضرر الذي عسى أن يصيبها من جراء نزع البناء . ويشترط في ذلك ألا يكون نزع البناء من شأنه أن يضر بالأرض ضررا جسيما . وإلا كان البانى متعسفا في استعمال حقه في طلب نزع البناء .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣١.

(٢) أنظر ما يلى فقرة ١١٢ .

(٣) أنظر في حالة بناء المنتفع في الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة ، وفي اعتباره بانيا في أرض غيره وهو سيء النية ما يلى فقرة ١٠٦ .

ونرى من ذلك أننا طبقنا فى هذا الفرض ، بموجب المادة ٩٢٦ مدنى سالفة الذكر ، نفس الأحكام الواردة فى المادة ٩٢٥ مدنى ، وهى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية . ولا شك فى حسن نية البانى فى فرضنا هذا ، ومن ثم تسرى الأحكام العامة فى الالتصاق بصريح نص المادة ٩٢٦ مدنى كما نرى ، وتسرى بما أوردناه من تفصيلات فيما أسلفناه [١] .

غير أن هناك حكما خاصا نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى ، يجيز لصاحب الأرض أن يملك الأرض للبانى حسن النية فى نظير تعويض عادل ، إذا كان البناء قد بلغ حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها [٢] . ولما كان هذا الحكم هو حكم استثنائى محض ، فلا يصح إجراؤه إلا بنص خاص . ولم تشتمل المادة ٩٢٦ مدنى على هذا النص كما اشتملت عليه المادة ٩٢٥ مدنى فيما رأينا . ومن ثم يبدو أنه لا يجوز تطبيقه فى الفرض الذى نحن بصدده . ولا يستطيع صاحب الأرض ، إذا لم يختر البانى نزع البناء ، إلا أن يتملك البناء بأدنى القيمتين بطريق الالتصاق ، ولا يجوز له أن يملك الأرض للبانى ولو كان التعويض الواجب عليه دفعه مرهقا له [٣] .

١٠٦ - فرض ما إذا بنى المنتفع فى الأرض المنتفع بها : وإذا بنى المنتفع فى الأرض المنتفع بها ، وجب التمييز بين أمرين :

(الأمر الأول) أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) ويمكن تعليل عدم الأخذ بجواز تمليك الأرض لصاحب المنشآت فى هذا الفرض ، بأنه ما دام صاحب الأرض قد رخص لصاحب المنشآت فى إقامتها ، فلا يحق له أن يتمسك بأن التعويض مرهق له بعد أن صدر منه ترخيص فى إقامة المنشآت . أما إذا كان البانى لم يحصل على ترخيص من صاحب الأرض فى إقامة البناء ، فمهما كانت نيته حسنة فإن التعويض يجوز أن يرهق صاحب الأرض وهو لم يصدر منه ترخيص فى البناء ، فأجيز له تفادياً من هذا الإرهاق أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت .

الرقبة فى البناء[١] . وهنا يعتبر بانيا حسن النية . وتسرى عليه تبعا لذلك أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى . فيتملك صاحب الرقبة البناء بالالتصاق . وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين . قيمة المواد وأجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . وللمنتفع ، إذا اختار ذلك ، أن يطلب نزع البناء من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها . ولكن ليس لصاحب الرقبة أن يطلب إزالة البناء[٢] .

(والأمر الثانى) أن يكون المنتفع قد بنى فى الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص فى ذلك من مالك الرقبة . وهنا يعتبر بانيا سىء النية . وتسرى عليه تبعا لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء . وإذا استبقاه تملكه بالالتصاق على أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء[٣] . وقد اعتبرنا المنتفع الذى لم يحصل على ترخيص فى البناء سىء النية . لأنه لا يستطيع أن يتمسك بأن له حقا كمنتفع فى البناء على الأرض المنتفع بها إذا لم يكن قد حصل على ترخيص فى ذلك من مالك الرقبة . فان المادة ٩٨٨ مدنى توجب على المنتفع « أن يستعمل الشيء بحالته التى تسلمه بها » . ويترتب على ذلك أنه ليس من حقه أن يغير حالة الأرض المنتفع بها باقامة بناء عليها ، وإذا هو فعل فانه يكون قد بنى وهو سىء النية فتسرى عليه أحكام البانى سىء النية[٤] .

---

(١) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ فى الهامش) ، فلم يبق إلا تطبيق المبادىء العامة (أنظر ما يلى فقرة ٥٤٣) .

(٢) أنظر فى ذلك آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك ماقدمناه آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢ ص ٦٦ – وقد نص قانون الملكية العقارية اللبنانى صراحة على أن المنتفع إذا بنى أو غرس فى الأرض المنتفع بها تسرى عليه أحكام البانى أو الغارس فى أرض غيره وهو سىء النية ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من هذا القانون على ما يأتى : « وعند انقضاء أجل الانتفاع ، تطبق هذه الأحكام (أحكام البانى أو الغارس وهو سىء النية) على المنتفع الذى يكون قد شيد أبنية أو غرس أغراساً فى الأرض » .

وهذه المسألة محل خلاف شديد فى القانون الفرنسى . فالقضاء الفرنسى يذهب إلى أن المنتفع إذا بنى فى الأرض المنتفع بها دون ترخيص من مالك الرقبة ، وجب عليه أن يترك البناء لمالك الرقبة دون أن يتقاضى منه أى تعويض ، شأن البناء فى ذلك شأن التحسينات التى يجريها المنتفع فى العين المنتفع بها فلا يتقاضى عنها تعويضا . أما الفقه الفرنسى فنقسم . فمن الفقهاء من يساير القضاء الفرنسى فيما ذهب إليه [١] . ومنهم من يخالفه ويعامل المنتفع معاملة البانى سىء النية[٢] . أما فى القانون المصرى فلا محل لهذا الخلاف ، إذ لا يتضمن التقنين المدنى المصرى ، كما تضمن التقنين المدنى الفرنسى (م ٥٩٩) ، نصا يحرم المنتفع من الرجوع بالتحسينات التى أجراها فى العين المنتفع بها على مالك الرقبة . وهو النص الذى قاس عليه القضاء الفرنسى حرمان المنتفع من الرجوع بأى تعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من منشآت فى العين المنتفع بها . فالمنتفع إذن ، فى القانون المصرى ، له الحق فى الرجوع بالتعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من بناء . ولكنه يعتبر بانيا سىء النية ما دام لم يحصل على ترخيص فى البناء من مالك الرقبة كما سبق القول [٣] .

١٠٧ – فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت : وهنا أيضا لا نواجه حائزا للأرض بنية تملكها ، بل نواجه مالكا للأرض وقد بنى فيها وهو لا يزال مالكا ، ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . فتسرى عليه الأحكام العامة للالتصاق سريانها على الحائز للأرض بنية تملكها .

ونستعرض بادىء ذى بدء فرضا يكون فيه البانى واضعا يده على الأرض بموجب عقد باطل . فهنا يكون البانى غير مالك الأرض أصلا ، ويكون بانيا فى أرض غيره بنية سيئة أو بنية حسنة بحسب الأحوال . فان كان يعلم

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٣٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص٣٧٠ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٤٩ – وقرب مازو فقرة ١٦٠٢ .

(٣) أنظر عكس ذلك وأن المنتفع يعتبر بانياً حسن النية حتى لولم يحصل على ترخيص فى البناء : محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٠ .

أن عقده باطل وأنه لا يملك الأرض بهذا العقد ، فهو بان سيء النية ، ويكون لمالك الأرض حق الإزالة أو حق استبقاء البناء وتملكه بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة زيادة الأرض . وذلك كله وفقاً لأحكام المادة ٩٢٤ مدني على التفصيل الذي قدمناه[١] . وإن كان لا يعلم ببطلان عقده ويعتقد وقت أن بنى أنه مالك للأرض وأن له حق البناء فيها . كان بانياً حسن النية ، ولا يكون لمالك الأرض حق الإزالة بل يتملك البناء بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة زيادة الأرض . ولكن يكون للباني حق نزع البناء إذا شاء . ويكون لمالك الأرض تمليكها للباني . وذلك كله وفقاً لأحكام المادة ٩٢٥ مدني على التفصيل الذي قدمناه[٢] .

وقد يكون الباني مالكا للأرض بعقد قابل للإبطال ، وبنى قبل إبطال العقد. فاذا أبطل العقد كان إبطاله بأثر رجعي . وتبين أن الباني قد بنى في أرض لا يملكها . فان كان يعلم بعيوب عقده وأنه قابل للإبطال . كان بانياً سيء النية . وتسري عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني . أما إذا كان لا يعلم بعيوب العقد ويعتقد أنه يملك الأرض وأن له الحق في إقامة البناء ، فانه يكون بانياً حسن النية . وتسري عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدني .

وقد يكون الباني مالكا للأرض . وقد بنى عليها وهو لا يزال مالكا . ثم فسخت ملكيته . مثل ذلك مشتر للأرض لم يدفع الثمن . أو راس عليه مزاد الأرض وتخلف عن دفع باقي الثمن . فالأول يفسخ عقده بأثر رجعي ، والثاني يعاد البيع على مسئوليته ويفسخ رسو المزاد عليه بأثر رجعي كذلك . وهذا وذاك يعتبران أنهما لم يملكا الأرض أصلا وأنهما وقت أن بنيا فيها لم يكن لهما الحق في إقامة البناء . ولما كان سبب الفسخ راجعا إلى خطأهما إذ تخلفا عن دفع الثمن . فان كلا منهما يعتبر بانيا في أرض غيره وهو سيء النية . فتسري عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني[٣] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ – الوسيط ١ فقرة ٤٧٨ – محمد كامل مرسي ٣ فقرة ١١٩ – محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥١ ص ٩٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٧ – أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١ .

وقد يكون البانى مشتريا للأرض تحت شرط فاسخ . أو راس عليه مزاد الأرض وقررت عليه الزيادة بالعشر . فتحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى أو رسا المزاد على شخص غير من رسا عليه المزاد الأول . فيعتبر المشترى تحت شرط فاسخ إذا تحقق الشرط بغير خطئه ، وكذلك الراسى عليه المزاد الأول . كل منهما قد بنى فى أرض غيره وهو حسن النية . فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشترى ، فانه يعتبر بانيا فى أرض غيره وهو سيىء النية ، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى [1] .

١٠٨ — فرض ما إذا بنى البائع فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع أو بنى المشترى فى هذه الأرض قبل التسجيل : إذا باع شخص لشخص آخر أرضا ، فقبل تسجيل عقد البيع يبقى البائع مالكا للأرض ، ويكون المشترى غير مالك لها .

فاذا بنى البائع فى الأرض قبل التسجيل ، ثم سجل عقد البيع فانتقلت الملكية إلى المشترى ، فهل يعتبر البائع بانيا فى أرض غيره وتجرى عليه أحكام الالتصاق ؟ لا تمكن القول بذلك إلا إذا سلمنا بأن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين البائع والمشترى . فتنتقل الملكية بالتسجيل إلى المشترى — بالنسبة إلى البائع وحده — من وقت انعقاد البيع لا من وقت التسجيل . فيتبين أن البائع قد بنى فى الأرض وهى فى ملك المشترى ، فيكون بانيا فى أرض الغير وهو سيىء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . ويكون للمشترى الحق فى طلب

---

(١) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠ ص ٦٥ — وهذا ما جرى عليه القضاء فى فرنسا . فهو يطبق أحكام الالتصاق (م ٥٥٥ مدنى فرنسى) على المالك تحت شرط فاسخ الذى يبنى قبل تحقق الشرط ، ويعتبره فى الأصل حسن النية ، إلا إذا كان تحقق الشرط قد وقع بخطئه ، أو كان قد بنى بعد أن رفعت عليه دعوى الفسخ (نقض فرنسى ٣٠ مارس سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٦٥ — ١٤ أبريل سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢ — ١ — ٤٤١ — ٨ مارس سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ — ١ — ٢٩٨ — بيزانسون ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ٢ — ٢١١ — بواتييه ١٥ فبراير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٦ — ٢ — ١٥٥) . وانظر فى هذه المسألة فى الفقه الفرنسى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠ ص ٣٦٧ هامش ١٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٧١ — مازو فقرة ١٦٠٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ construction فقرة ٧٣ — فقرة ٧٦ .

إزالة البناء أو استبقائه فى مقابل دفع أدنى القيمتين ، قيمة البناء مستحق الهدم أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء .

أخذ القضاء بهذه الحلول ، ولكنه لم يؤسسها على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فعنده أن التسجيل ليس له هذا الأثر الرجعى . بل اعتبر البائع وهو يبنى فى الأرض التى باعها قبل التسجيل يبنى فى أرض يملكها ، ولكنه لما كان ملتزما بموجب عقد البيع أن يسلم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع (م ٤٣١ مدنى) ، فانه ببنائه فى الأرض يكون قد أخل بهذا الالتزام . وقد كان مقتضى ذلك أن يجبر البائع على إزالة البناء ، ويكون هذا تعويضا عينيا عن الإخلال بالتزامه . ولكن القضاء شبه البائع وهو يبنى فى الأرض قبل التسجيل بالباني فى أرض غيره وهو سيء النية ، فأجرى عليه أحكام الالتصاق الواردة فى المادة ٩٢٤ مدنى عن طريق القياس ، وأجاز للمشترى إذا طلب البائع إزالة البناء أن يستبقيه فى مقابل دفع قيمته مستحق الهدم أو دفع ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء[١] .

---

(١) وقالت محكمة استئناف مصر فى أسباب حكمها فى هذا المعنى : « إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة فى المبيع قبل التسليم ، فيعتبر كأنه أقامه فى غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باقى الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التعهد بالبيع ، لأنها فى الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانونى من وقت التعهد . ومن حيث إنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التعهد عن كل ما يزيد أو ينقص فى المبيع ، وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التعهد المذكور . ومن حيث إن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشترى دون مقابل ، لأن فى ذلك إثراء من غير مقابل يحرمه القانون المدنى ، وعلى المشترى الذى يقبل البيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يختص بالغراس أو البناء فى أرض الغير » (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦) .

وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد . فاذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد أو الحكم بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) بينما المشترى يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبره المحكمة – بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل – كأنه أحدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره ، يفصل فى أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء فى ملك غيره (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ – وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١) .

وفى رأينا أن هذا القضاء محل للنظر ، وقد قررنا عند الكلام فى البيع اننا نذهب إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين البائع والمشترى (١) . فلو أخذنا بهذا الرأى لظهر فى وضوح أن البائع ، وقد بنى فى الأرض المبيعة قبل التسجيل ثم سجل العقد ، إنما يبنى فى أرض لا يملكها إذ هى مملوكة للمشترى بعد أن سجل عقد البيع ، ويملكها منذ انعقاد البيع لا من وقت التسجيل وذلك بالنسبة إلى البائع وحده . فتستقيم الحلول التى أخذ بها القضاء ، ولا نحتاج إلى القول بأن البائع ، وقد بنى فى أرض يملكها ما دام البيع لم يسجل وقت إقامة البناء ، يعتبر كالبانى فى ملك غيره ، فنثبت له الملكية من جهة وننفيها عنه من جهة أخرى . وقد قلنا فى هذا الصدد ، عند ما واجهنا هذه المسألة عند الكلام فى عقد البيع : « ولا شك فى أن القول بالأثر الرجعى (فيما بين المتعاقدين) هنا أفضل — من ناحية الصناعة القانونية — من إنكار هذا الأثر . فإننا إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى فى ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بألا يحدث تغييرا فى العين المبيعة وهو الطريق الذى اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شىء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكنه ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أخل بالتزامه فى ألا يبنى فى الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عينا ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضا ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشترى إجباره على إبقاء البناء . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعى للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التى نشدتها محكمة النقض وهى اعتبار البائع بانيا بسوء نية فى أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشترى على ابقاء البناء فى الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم » (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ — فقرة ٢٨٦ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ ص ٥٢٣ — ص ٥٢٤ — وقد قيل « إن البائع إذا أصر على نزع البناء وأخذه أنقاضاً يكون متعسفاً فى استعمال حقه ، إذ أن نزع البناء ليس فى مصلحته مادام المشترى يعرض عليه تعويضاً لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم » (حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٥٧) . والذى يمكن استخلاصه من تطبيق قواعد البيع فى الفرض الذى نحن بصدده هو أن البائع قد أخل بالتزامه من تسليم الأرض المبيعة

وإذا فرضنا ، على عكس الفرض الذى قدمناه ، أن المشترى هو الذى بنى فى الأرض قبل تسجيل عقد البيع ، ثم سجل العقد ، فالقول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين لا تصبح له أهمية فى هذه الحالة . ذلك أنه لو قيل بالأثر الرجعى ، لتبين أن المشترى قد بنى فى ملكه . وإذا قيل بأن التسجيل لا ينقل ملكية الأرض ، فيما بين البائع والمشترى ، إلا من وقت تسجيل البيع ، لتبين أن المشترى قد بنى فى غير ملكه ، ولكنه أصبح هو نفسه المالك

بحالتها وقت انعقاد البيع ، بأن أحدث فيها بناء . فإذا طلب المشترى التعويض عيناً ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى حالتها وقت البيع . وليس هذا حقاً للبائع حتى يحتمل القول بأنه يتعسف فى استعماله ، بل هو التزام يجب عليه القيام به . وإذا لم يطالب المشترى من البائع هدم البناء تعويضاً عينياً عن إخلاله بالتزامه من تسليم العين بحالتها وقت البيع ، يكون بذلك قد قبل بقاء البناء قائماً فى الأرض ، وعليه إذن أن يدفع للبائع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . فالمشترى إذن بين أمرين : إما أن يجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها ، أو أن يستبقى البناء مع دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء والذى لا يستطيع المطالبة به بموجب قواعد البيع ، وكان يستطيع المطالبة به بموجب قواعد الالتصاق ، هو استبقاء البناء مع دفع قيمته مستحق الهدم .

وهناك رأى يذهب إلى أن للمشترى إلزام البائع بهدم البناء ، وليس له أن يجبره على ترك البناء حتى لو عرض عليه الوفاء بما أنفقه فيه ، وإذا أراد المشترى أن تنتقل ملكية البناء إليه فلا بد له من اتفاق جديد مع البائع على ذلك ، وتنتقل ملكية البناء إلى المشترى بموجب هذا الاتفاق الجديد الذى يخضع بدوره لإجراء التسجيل (محمد على عرفه ٢ فقرة ٥٢ ص ٦٤ – ص ٦٥ – حسن كيرة ص ٦٧ – ص ٦٨) . ويؤخذ على هذا الرأى أنه لم يواجه حالة ما إذا لم يطلب المشترى هدم البناء ولم يستطع الوصول إلى اتفاق مع البائع فى شأنه ، وهذه هى الحالة المنتظر وقوعها فى الغالب . فهل ينزع البائع البناء من الأرض دون أن يطلب منه المشترى ذلك ، ونزع البناء من الأرض التزام على البائع لا حق له كما قدمنا ، أو يستبقى المشترى البناء دون اتفاق مع البائع وإذا استبقاه فأية قيمة يلتزم بدفعها للبائع فى مقابل البناء ؟ يبدو أن الحل العدل فى هذه الحالة هو أن المشترى يستبقى البناء فى مقابل دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء كما سبق القول ، وليس له على أية حال أن يستبقيه فى مقابل دفع قيمته مستحق الهدم . وكانت قواعد الالتصاق تجنبنا كل هذه المشاكل ، وهى القواعد التى لجأ إليها القضاء فعلا كما رأينا ، ولكن تطبيقها لا يستقيم من ناحية المنطق القانونى إلا إذا قلنا بأن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين البائع والمشترى .

بالتسجيل . فلا يعود للبائع شأن بالبناء الذى أقامه المشترى قبل التسجيل (١) .

---

(١) أو كما تقول محكمة النقض إن البيع غير المسجل يخول المشترى الانتفاع بالأرض فله حق البناء عليها على سبيل البقاء والاستقرار فيكون البناء ملكاً له (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) – ولكن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين البائع والمشترى ، إذا بنى المشترى فى الأرض قبل التسجيل ، تكون له أهمية عملية فيما إذا أراد المشترى أن يشفع بالبناء الذى أقامه فى الأرض المجاورة التى بيعت قبل أن يسجل عقد البيع . ونرى فى هذه الحالة أن للمشترى أن يأخذ الأرض المجاورة بالشفعة بعد أن يسجل عقد البيع ، لأن التسجيل يجعله مالكاً – بالنسبة إلى مشترى الأرض المجاورة المشفوع منه وهو ليس من الغير فى معنى التسجيل – من وقت انعقاد البيع الصادر للمشترى الشفيع ، فيكون هذا قد بنى فى ملكه وتملك كلا من الأرض والبناء من وقت انعقاد البيع ، أى قبل البيع الصادر لمشترى الأرض المجاورة ، ومن ثم يجوز له الأخذ بالشفعة . بل إننا نرى أن المشترى الشفيع يأخذ بالشفعة ، حتى لو لم يبن فى الأرض التى اشتراها ، إذ هو يتملك هذه الأرض ، بعد تسجيل عقد البيع ، منذ انعقاد البيع . وذلك بالنسبة إلى مشترى الأرض المجاورة فيكون جاراً مالكاً فى معنى الشفعة ، ومن ثم يجوز له أن يشفع بالأرض التى اشتراها دون حاجة إلى أن يقيم عليها بناء (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٨) .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى إعطاء المشترى الذى بنى فى الأرض المشتراه قبل التسجيل الحق فى أن يشفع فى الأرض المجاورة إذا بيعت قبل التسجيل ، ولكنه يشفع بالبناء الذى أقامه لا بالأرض التى اشتراها إذ هو لا يتملكها إلا من وقت التسجيل بحسب المبدأ الذى سارت عليه محكمة النقض . أما البناء الذى أقامه المشترى فإنه يتملكه منذ إقامته وقبل أن يتملك الأرض . وملكيته له ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل القرار ، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للبناء . ولا مخالفة فى ذلك لقانون التسجيل ، ذلك أن الشفيع مشترى الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه فى طلب الشفعة على عقد شرائه ، وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلالا عن الأرض . كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق قولا بأن بائع الأرض يعتبر فى حكم القانون وبالنسبة للكافة هو وحده مالك البناء الذى أقامه المشترى الذى لم يسجل عقد شرائه . ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكاً للبناء بفعل الالتصاق إنما يقرر فى صالح المالك قرينة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس ، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق فى إقامة المنشآت وتملكها ، فإنه فى هذه الحالة يعتبر مالكاً لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار . فمناط تطبيق قواعد الالتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء . فحيثما وجد اتفاق أو إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير ، امتنع التحدى بقواعد الالتصاق وفقاً لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدنى القديم ، ووجب اعتبار البناء عقاراً مستقلا عن الأرض وملكاً خالصاً لمن أقامه . ولا نزاع فى أن البائع . وهو ملزم بتسليم المبيع للمشترى وعدم التعرض له ، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل للمشترى حيازة المبيع . وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع . ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار » (نقض ملف ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ – وانظر فى انتقاد هذا الحكم محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٧) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الشفعة (أنظر مايلى فقرة ١٨٩) .

ولكن تدق المسألة لو أن مشتريا ثانيا من البائع سبق المشترى الأول الذى بنى فى الأرض إلى تسجيل عقده . فانتقلت الملكية إلى المشترى الثانى دون المشترى الأول . ونرى أن الواجب فى هذه الحالة معاملة المشترى الأول معاملة البانى فى أرض غيره وهو حسن النية : لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وأن له حقا فى البناء . ومن ثم تسرى عليه أحكام أحكام المادة ٩٢٥ مدنى وهى الأحكام العامة للالتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية . ويتملك المشترى الثانى البناء بالالتصاق على أن يدفع للمشترى الأول أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . ويكون للمشترى الأول الحق فى نزع البناء من الأرض مع إعادتها إلى أصلها . كما يكون للمشترى الثانى أن تملك الأرض للمشترى الأول فى مقابل تعويض عادل إذا كان التزامه بدفع أدنى القيمتين للمشترى الأول فى مقابل تملكه البناء بالالتصاق مرهقا له .

§ ٣ ـ أداء التعويض لصاحب المنشآت

١٠٩ ـ حق صاحب المنشآت فى حبس الأرض حتى يستوفى التعويض

وحق صاحب الأرض فى تقسيط دفع التعويض : رأينا فيما تقدم أن الأحكام العامة للالتصاق توجب على صاحب الأرض . عندما يتملك بالالتصاق المنشآت التى أقامها أجنبى فى أرضه . دفع تعويض لصاحب المنشآت يختلف باختلاف ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية أو سيئها . فهو إذا كان حسن النية . كان التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض أدنى القيمتين : قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت . وهذا ما لم يختر صاحب المنشآت نزع البناء من الأرض وإعادتها إلى أصلها . وهناك تعويض آخر فى هذا الفرض . فقد يختار صاحب الأرض تمليك الأرض لصاحب المنشآت إذا كان التعويض المستحق عليه مرهقا له . وذلك فى مقابل تعويض عادل عن الأرض يكون الملتزم به فى هذه الحالة هو صاحب المنشآت نحو صاحب الأرض . وإذا كان من أقام المنشآت سيء النية . كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت . وله أن يستبقيها

ويتملكها بالالتصاق . ويكون التعويض الملتزم به فى هذه الحالة نحو صاحب المنشآت هو أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة للإزالة أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ولما كان التعويض يستحقه ، فى أغلب هذه الأحوال ، صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض ، وكان الأول هو الذى يحوز الأرض التى أقام عليها المنشآت ، فمن حقه طبقا للقواعد العامة أن يحبس الأرض حتى يستوفى التعويض المستحق له . وقد يكون التعويض ، فى جميع الأحوال المتقدمة بما فيها حالة التعويض الذى يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض عند تمليك الأرض لصاحب المنشآت ، عبئا ثقيلا على المدين به ، فأجاز له القانون تيسيرا عليه أن يطلب التقسيط فى الوفاء بهذا التعويض .

ونبحث كلا من هذين الأمرين :

١١٠ – حبس صاحب المنشآت المنشآت حتى يستوفى التعويض :

هنا يجب أن نستبعد ، كما قدمنا ، حالة تمليك الأرض لصاحب المنشآت فيما إذا كان هذا الأخير حسن النية وكان يرهق صاحب الأرض أن يدفع له التعويض المستحق عليه . ذلك لأن الأرض والمنشآت تكون فى هذه الحالة فى حيازة صاحب المنشآت ، فهو الحائز وهو فى الوقت ذاته المدين بالتعويض . أما الدائن بالتعويض فهو صاحب الأرض ولا يحوز شيئا . فلا يتصور إذن إعطاؤه حق حبس المنشآت حتى يستوفى التعويض المستحق له .

وإنما يثبت حق حبس المنشآت لمن أقامها ، عندما يكون دائنا بالتعويض لصاحب الأرض على التفصيل الذى سبق أن بسطناه ، فهو الحائز للأرض والمنشآت معا ، ويستطيع أن يحبس المنشآت ، ومعها الأرض ضرورة ، حتى يستوفى التعويض المستحق له . وهذا الحق فى الحبس يثبت له بموجب القواعد العامة ، وهى مقررة فى المادة ٢٤٦ مدنى إذ تقول : « ١ – لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ – ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ،

فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له. إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع . وواضح أن صاحب المنشآت . بعد أن ملكها صاحب الأرض بالالتصاق . ملزم بأن يسلمها لصاحب الأرض . ولكن صاحب الأرض ملزم أيضا بأن يدفع لصاحب المنشآت التعويض المستحق له . وهذا الدين بالتعويض في ذمة صاحب الأرض مترتب على التزام صاحب المنشآت بتسليمها لصاحب الأرض ومرتبط به . فتوافرت شروط الحبس . وجاز لصاحب المنشآت أن يحبسها عن صاحب الأرض وعن دائنيه وعن أي شخص آخر تنتقل إليه من صاحب الأرض ملكية المنشآت أو أي حق عيني عليها [1] . وذلك حتى يستوفي صاحب المنشآت التعويض المستحق له . وإذا كان لحائز الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفي ما هو مستحق له بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدني سالفة الذكر . فأولى أن يثبت حق الحبس لمن أنشأ الشيء إنشاء ولم يقتصر على إنفاق مصروفات نافعة عليه . حتى يستوفي ما هو مستحق له [2] . وما دام قد ثبت لصاحب المنشآت حق حبسها على النحو الذي ذكرناه . فإن الأحكام العامة للحق في الحبس تسري . وقد سبق تفصيلها في الجزء الثاني من الوسيط [3] . وينتهي الحق في الحبس إذا قدم صاحب الأرض تأمينا كافيا للوفاء بالتعويض . أو قضي بأن يكون الوفاء بالتعويض على أقساط دورية بشرط أن يقدم صاحب الأرض الضمانات اللازمة (م ٩٢٧ و ٩٨٢ مدني) كما سيجيء [4] .

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٧٣ - فقرة ٦٧٤ .

(٢) ولا يمكن القول بأن التزام صاحب المنشآت بردها إلى صاحب الرد ناشيء عن عمل غير مشروع . ذلك أنه ناشيء عن تملك صاحب الأرض للمنشآت بالالتصاق نتيجة لإقامة هذه المنشآت في أرضه ، وإقامة المنشآت في أرض الغير ، ولو بسوء نية ، لا يعتبر عملا غير مشروع في معنى المادة ٢٤٦ / ٢ مدني . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٦ ص ٢٤٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٩ ص ٣٩٥ - عكس ذلك عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٨ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها .

(٤) أنظر ما يلي فقرة ١١١ - ولا يوجد في القانون الفرنسي نص عام في الحبس . كما وجد هذا النص في التقنين المدني المصري الجديد فيما رأينا . ويذهب القضاء الفرنسي إلى =

وليس لصاحب المنشآت حق امتياز عليها . فإن الامتياز لا يثبت إلا بنص والنص غير موجود . ومجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه بصريح النص (م ١/٢٤٧ مدنى) .

١١١ - من صاحب الأرض فى تقسيط دفع التعويض - نص قانونى :

المادة ٩٢٧ مدنى على ما يأتى :

« تسرى أحكام المادة ٩٨٢ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة »[1] .

= إعطاء الحق فى الحبس للحائز حسن النية (نقض فرنسى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ - ١ - ٢٤١) دون الحائز سيىء النية (نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٢١). ويؤيد هذا القضاء بعض الفقهاء (كاسان فى الدفع بعدم التنفيذ فى العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ ص ٥٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧١ ص ٢٦٨). ولكن الغالب فى الفقه الفرنسى هو التسوية ما بين الحائز حسن النية والحائز سيىء النية . وإعطاء الاثنين الحق فى الحبس (بيدان فى التأمينات العينية ١ فقرة ٢٥٠ - (Ferron) فى تعليقه فى سيريه ١٩٠١ - ١ - ١٩٣) . أو إنكاره عليهما معاً (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة) . أما فى التقنين المدنى المصرى السابق ، فقد كان الرأى الغالب هو إعطاء الحق فى الحبس للحائز سواء كان حسن النية أو سيئها ، قياساً على الحق فى الحبس المعطى لمن أحدث تحسينات فى العين بصريح نص هذا التقنين (م ٢/٦٠٥ مدنى قديم) : أنظر استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٥ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٨ - محمد كامل مرسى فى مجلة القانون والاقتصاد ٨ فقرة ٦١ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٦ ص ٧٩ وبحثه فى مجلة المحاماة ٢٢ ص ٥٦٧ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

والمواد الثلاث السابقة هي المواد ٩٢٤ – ٩٢٦ مدنى . وهي فيما يتعلق بالتعويض تعرض : (١) للتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان سيء النية . وهو أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (م ٩٢٤ مدنى) . (٢) والتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان حسن النية أو كان قد بنى بترخيص من صاحب الأرض . وهو أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب المنشآت (م ١/٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى) . (٣) والتعويض الذى يستحقه صاحب الأرض فى حالة ما إذا ملك الأرض لصاحب المنشآت حسن النية ، حتى يتفادى تملك المنشآت بالالتصاق فيكون التزامه بتعويض صاحبها ... وهو تعويض عادل يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض (م ٢/٩٢٥ مدنى) .

فقد يكون التعويض المستحق فى هذه الأحوال المختلفة مبلغا جسيما يعيى المدين به دفعه فورا وجملة واحدة . فقرر القانون أن يعامل المدين بهذا التعويض معاملة المالك المدين بتعويض الحائز عما أنفقه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة . تيسيرا له فى الوفاء بالتعويض المستحق . وهذا التيسير فى دفع التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة تضمنته المادة ٩٨٢ مدنى ، وقد أحالت المادة ٩٢٧ مدنى سالفة الذكر عليها . فنسرى إذن أحكام المادة ٩٨٢ مدنى على أداء التعويض المستحق بموجب أحكام الالتصاق . وتنص المادة ٩٨٢ مدنى هذه على أنه « يجوز للقاضى . بناء على طلب المالك . أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

فللقاضى إذن ، بناء على طلب المدين بالتعويض (صاحب الأرض أو صاحب المنشآت بحسب الأحوال) . أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض . وله بوجه خاص أن يقسط هذا التعويض ، فيكون الوفاء

به على أقساط دورية فى مواعيد تحددها القاضى . كما أن له أن يؤجل دفع التعويض فيدفعه المدين به جملة واحدة فى ميعاد تحدده القاضى . وسواء قسط القاضى التعويض أو أجل دفعه ، فالواجب أن يقدم المدين بالتعويض الضمانات اللازمة للوفاء به فى مواعيده الدورية أو عند حلول الأجل الذى حدده القاضى . فيقدم مثلا رهنا أو كفالة عينية أو شخصية (١) . ويستطيع المدين بالتعويض ، إذا لم يجد سبيلا لتقديم هذه الضمانات . أن يتحلل من الالتزام بتقديمها إذا هو وفى التعويض فورا وجملة واحدة بعد خصم فوائدها بالسعر القانونى (٤٪) من يوم أن وفى بها إلى يوم استحقاقها وفقا للمواعيد التى حددها القاضى . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى التزام المالك بتعويض الحائز عما أنفقه من المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (٢) .

§ ٤ – فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق :

١١٢ – فروض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة : ورد فى هذا الفرض نص خاص . ليس هو مجرد تطبيق لأحكام الالتصاق المتقدم ذكرها ، بل يغاير هذه الأحكام بعض المغايرة . ومن ثم يجب تطبيق هذا النص الخاص دون أحكام الالتصاق . فقد نصت المادة ٥٩٢ مدنى على أنه « ١ – إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار . ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ – فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر إزالتها . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض . ٣ – فاذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما . جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها » .

---

(١) وعلى ذلك لا يكون لصاحب المنشآت الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له ، فقد أصبح هذا التعويض بالأجل الذى منحه القاضى غير حال الأداء . والحبس لا يكون إلا فى حق مستحق الأداء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٩ ص ٣٩٥) .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٣٥٤ – فقرة ٣٥٩ .

ونبين هنا فيم تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق ، وفيم تختلف ، وهي على كل حال واجبة التطبيق في الفرض الذي نحن بصدده ، اتفقت مع أحكام الالتصاق أو اختلفت معها .

ففي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس بعلم المؤجر ودون معارضته ، وعلى المستأجر إثبات العلم وعلى المؤجر إثبات المعارضة ، وجب التسليم بأن المؤجر موافق على إقامة هذه المنشآت في العين المؤجرة موافقة ضمنية على الأقل ، إذ هو عالم بها ولم يعارض فيها . ومن ثم يكون المستأجر في وضع الحائز حسن النية . وقد قضى النص بأن يستبقي المؤجر البناء أو الغراس لأنه كان موافقا على إحداثه فلا يجوز له طلب إزالته ، ويرد للمستأجر عند نهاية الإيجار أقل القيمتين : ما أنفقه في تلك التحسينات أو ما زاد في قيمة العين المؤجرة . وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق . ولكن الحائز حسن النية في أحكام الالتصاق يجوز له ، إذا أراد ، نزع المنشآت مع إعادة العين إلى أصلها . أما المستأجر فلا يجوز له نزع المنشآت إذا أراد المؤجر استبقاءها .[1] وكذلك يجوز في أحكام الالتصاق أن يطالب صاحب الأرض تمليك الأرض لصاحب المنشآت في نظير تعويض عادل إذا كان

---

(١) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المؤجر قد رخص للمستأجر في أن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة ، على أن يلتزم بعوايد المباني التي تربط على هذا البناء المستجد ، وسكت الطرفان عن بيان مصير هذه المنشآت ، فإن ملكيتها تكون للمستأجر طوال مدة الإجارة ، ولا تؤول إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار . ذلك أن حق المؤجر بالنسبة إلى تلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر في هذا الوقت ، ويحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء عقد الإيجار بشرط أن يعيد العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية ، بينما يمتنع على المؤجر في هذا الفرض طلب إزالة هذه المنشآت – ولا يصح الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق المقررة في القانون المدني تقضي باعتبار المؤجر مالكاً للبناء من وقت إنشائه ، إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر في إقامة البناء على نفقة هذا المستأجر مع التزام الأخير بدفع الضريبة العقارية على هذا البناء – وهي مما يلتزم به أصلا المالك – دون اتفاق على مصير هذا البناء ، ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل إعمال أحكام الالتصاق حتى ينتهي عقد الإيجار ، وهي أحكام لا تتعلق بالنظام العام ، ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٢ ص ١٢٥١ : ويلاحظ أن البناء قد أقيم في هذه القضية في وقت كان فيه التقنين المدني السابق هو المعمول به) .

التزامه بتعويض صاحب المنشآت فيما إذا استبقاها التزاما مرهقا له . أما المؤجر فلا يجوز له تمليك العين المؤجرة للمستأجر إلا باتفاق خاص .

وفى حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس دون علم المؤجر أو بعلمه ولكن رغم معارضته ، وجب القول إن المؤجر يكون غير موافق فعلا على ما أحدثه المستأجر إذا تم رغم معارضته ، أو غير موافق عليه حكما إذا تم دون علمه . ومن ثم يكون المستأجر فى وضع الحائز سىء النية ، وقد قضى النص بأن يكون للمؤجر طلب الإزالة ، وعلى المستأجر عندئذ أن ينزع ما أحدثه فى العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى أصلها . وللمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذى يصيب العين المؤجرة إن كان للتعويض مقتض . وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق[١] . ويجوز للمؤجر كذلك أن يستبقى ما أحدثه المستأجر ، ولكن عليه أن يرد له أدنى القيمتين ، ما أنفقه المستأجر أو ما زاد فى قيمة العقار . وهنا تختلف هذه الأحكام عن أحكام الالتصاق . فأحكام الالتصاق تقضى بأن يرد صاحب الأرض أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو ما زاد فى قيمة الأرض . فقيمة المنشآت مستحقة الإزالة فى أحكام الالتصاق يقابلها ما أنفقه المستأجر فى أحكام الإيجار ، ولما كان الغالب أن يكون ما أنفقه المستأجر أكبر من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، فإن القانون يكون قد عامل المستأجر معاملة أفضل من معاملته للحائز سىء النية فى أحكام الالتصاق[٢] .

---

(١) ولكن ليس للمؤجر أن يطلب الإزالة إلا عند انقضاء الإيجار ، إذا كانت المبانى التى أقامها المستأجر لم يترتب عليها ضرر للعين المؤجرة . وذلك لأن مصلحة المؤجر فى طلب إزالتها لا تثور إلا عند انقضاء الإيجار ، حيث يلتزم المستأجر برد العين بالحالة التى تسلمها بها (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩) .

(٢) ومع ذلك يستطيع المؤجر ، من الناحية العملية ، أن يدفع للمستأجر مبلغاً يقرب من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، وسبيله إلى هذا أن يهدد المستأجر باستعماله حقه فى طلب الإزالة والتعويض ، فيضطر المستأجر فى كثير من الأحيان أن يقبل المبلغ الذى يعرضه عليه المؤجر (الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٦٢٦ هامش ١) .

أما فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع خول مالك الأرض ، وفقاً لأحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة ٦٥ من القانون المدنى القديم ، الحق فى تملك البناء الذى يقيمه الغير فى أرضه دون رضاه مقابل دفع القيمة طبقاً لهذه المادة . وقضى بأن للمالك الخيار بين طلب إبقاء البناء وطلب إزالته على نفقة من أقامه مع تعويض الخسارة الناشئة من فعله . وإذا لم يكن القانون المدنى القديم يتضمن نصوصاً خاصة بتنظيم العلاقة بين المالك =

وفى جميع الأحوال . إذا احتفظ المؤجر بالمنشآت التى أقامها المستأجر ووجب عليه تعويضه على النحو سالف الذكر . جاز للمحكمة أن تنظر المؤجر إلى أجل للوفاء بالتعويض (م ٥٩٢/٣ مدنى سالفة الذكر) . ويجوز التوسع فى تفسير هذا الحكم . بحيث يقال إن للمحكمة أيضا أن تقسط التعويض على أقساط دورية . وإن لها أن تلزم المؤجر بالضمانات اللازمة . فتقرب أحكام الإيجار فى هذا الصدد من أحكام الالتصاق كما هى مقررة فى المادتين ٩٢٧ و ٩٨٢ مدنى (١) .

١١٣ – فرض ما إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه : وورد هنا أيضا نص خاص . يغاير مغايرة كبيرة الأحكام العامة فى الالتصاق . فيجب فى هذا الفرض تطبيق هذا النص الخاص دون هذه الأحكام . فقد نصت المادة ٩٤٦ مدنى على أنه « ١ – إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة . كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ – وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة . كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فاذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » . ونرى من هذا النص أنه يفرق بين حالتين :

والمستأجر فى هذا الشأن – كما ورد بنص المادة ٥٩٢ من القانون المدنى الحالى – فإن مؤدى الأحكام العامة للالتصاق الواردة بالقانون المدنى المشار إليها فيما تقدم ، أن البناء الذى يقيمه المستأجر من ماله الخاص دون إذن صريح أو ضمنى بانشائه من مالك الأرض لا يكون ملكاً لصاحب هذه الأرض بفعل الالتصاق إذا أعمل رخصته فى الاختيار باظهار رغبته فى الإزالة . فلا يلحق البناء بملكية الأرض ، وإنما يبقى مستقلا عنها ملكاً خالصاً لمن أقامه مدة بقائه . فإذا كان المؤجر قد أظهر رغبته فى إزالة المبانى ، فإنها تبقى مملوكة لمستأجر حتى يقوم بإزالتها فى أثناء مدة الإيجار أو بعد انتهائها ، ولا يكون للمؤجر حق المطالبة بأجرة عنها (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٩ ص ١٣٧٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١١ – وانظر فيمن تكون له ملكية المبانى والغراس فى أثناء الإيجار الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ – وانظر فى تفصيل ما قدمناه الوسيط ٦ فقرة ٤٣٠ – فقرة ٤٣٣ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٩ .

(الحالة الأولى) حالة ما إذا بنى المشترى أو غرس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشترى فى وضع الحائز حسن النية . ولكن الأحكام التى تسرى عليه تغاير أحكام الالتصاق ، فإنه يكون مخيرا ، إذا ترك البناء أو الغراس فى العقار المشفوع فيه يتملكه الشفيع ، بين أن يتقاضى من الشفيع المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار . ويبدو أن للمشترى ، بدلا من ترك البناء أو الغراس فى العقار المشفوع فيه وتقاضى أكبر القيمتين المتقدمتى الذكر ، الحق فى نزع البناء أو الغراس من العقار على أن يعيد العقار إلى أصله ، إذ لا يوجد لا فى النصوص ولا فى المبادىء العامة ما يحول دون ذلك ، فضلا عن أن الحكم لا شك فى عدالته[1] . ويتبين من الأحكام سالفة الذكر مغايرة كبيرة بينها وبين أحكام الالتصاق فى حالة الحائز حسن النية . ذلك أن الحائز حسن النية ، إذا لم ينزع المنشآت من الأرض ويعيد الأرض إلى أصلها ، يبقى هذه المنشآت فى الأرض ويتملكها صاحب الأرض بالالتصاق . على أن يدفع لصاحب المنشآت أقل القيمتين : المبلغ الذى أنفقه الحائز فى إقامة المنشآت أو ما زاد فى قيمة العقار . أما هنا فالمشترى الذى أقام المنشآت — لا الشفيع الذى يعتبر فى وضع صاحب الأرض لأنه يصبح بالشفعة صاحب العقار المشفوع فيه — هو الذى يختار ، إذا لم ينزع المنشآت من العقار المشفوع فيه ، بين أكبر القيمتين (لا بين أقل القيمتين كما هو الأمر فى أحكام الالتصاق) : المبلغ الذى أنفقه المشترى فى إقامة المنشآت أو ما زاد فى قيمة العقار . وهذا فرق جوهرى ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، إذ المشترى يعامل معاملة أفضل من معاملة الحائز . ويبرر ذلك أن المشترى إنما يقيم المنشآت فى ملكه ، ولم يكن عليه قبل إعلانه برغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة أن يحسب حساب هذه الرغبة عند إقامة المنشآت . وفرق آخر ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، هو أن الشفيع لا يجوز له تمليك العقار المشفوع فيه للمشترى حتى لو كان التعويض المستحق عليه مرهقا له وكان أمامه أن يتفادى هذا الإرهاق

---

(١) قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٣ ص ٩٦ .

بترك الأخذ بالشفعة . فى حين أن صاحب الأرض له هذا الحق بالنسبة إلى الحائز حسن النية كما سبق القول .

(الحالة الثانية) حالة ما إذا بنى المشترى أو غرس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشترى فى وضع الحائز سيء النية . ويجوز للشفيع طلب الإزالة ، وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتض ، وإلى هنا تتفق أحكام الشفعة مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار الشفيع أن يستبقى البناء أو الغراس ، أخذه بقيمة ما أنفقه المشترى فيه . وهنا تختلف أحكام الشفعة عن أحكام الالتصاق اختلافا بينا . فإن صاحب الأرض فى أحكام الالتصاق إذا استبقى المنشآت أخذها بأقل القيمتين : قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة العقار المشفوع فيه بسبب هذه المنشآت .

وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الشفعة ورجوع المشترى على الشفيع بسبب ما أقامه من بناء أو غراس فى العقار المشفوع فيه (١) .

١١٤ - فرض ما إذا بنى المحتكر فى الأرض المحكرة : وقد ورد نص خاص فى هذا الفرض أيضا تختلف أحكامه قليلا عن أحكام الالتصاق . فيعمل بأحكام النص الخاص دون أحكام الالتصاق . إذ نصت المادة ١٠١٠ مدنى على أنه « ١ - عند فسخ العقد أو انتهائه . يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحق الإزالة أو البقاء . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . ٢ - وللمحكمة أن تمهل المحكر فى الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال . وفى هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته » .

وهنا عامل القانون المحتكر معاملة الحائز سيء النية . لأنه وهو يبنى أو يغرس فى الأرض المحكرة يعلم أن الأرض مملوكة لغيره . وأعطى للمحكر صاحب الأرض الحق فى طلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها ، وهنا تتفق أحكام الحكر مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار المحكر استبقاء البناء أو الغراس ، تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق الإزالة أو قيمته

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٢٤٣ .

مستحق البقاء . وله أن يطلب مهلة فى الدفع ، مع تقديم كفالة لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته . وفى هذا كله أيضا تتفق أحكام الحكر مع أحكام الالتصاق ، فتكون أحكام الحكر فى مجموعها متفقة مع أحكام الالتصاق .

إلا أنه مع ذلك يوجد فرق ما بين أحكام الحكر وأحكام الالتصاق . ففى أحكام الالتصاق ، فى حالة الحائز سىء النية ، لا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة إلا فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت . أما فى الحكر فلم ينص القانون على ميعاد محدد يطلب فيه المحكر الإزالة ، ومن ثم يجوز له طلب الإزالة فى أى وقت شاء (١) .

§ ٥ - فروض تستبعد أصلا من نطاق أحكام الالتصاق

١١٥ - فرض ما إذا بنى المالك فى الشيوع فى الأرض الشائعة :

إذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فان أحكام الالتصاق هنا لا تسرى ، ويجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيقها . وأحكام الشيوع هى التى تسرى فى هذا الفرض ، إذ تعتبر إقامة الشريك بناء فى جزء مفرز من الأرض الشائعة عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة (٢) . فيجب تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة فى المال الشائع .

ومقتضى تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة فى المال الشائع أن بناء الشريك يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ويدخل فيهم الشريك البانى نفسه ، أو فى القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة لعمل الشريك البانى بعد أن يتم البناء . فاذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ولم تقره بعد إقامته ، جاز إجبار الشريك البانى على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن تكون إزالة هذا البناء قد ألحقت بالأرض من ضرر . أما إذا وافقت الأغلبية الخاصة على البناء قبل إقامته ، أو أقرته بعد إقامته ،

(١) أنظر فى تفصيل تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء الحكر الوسيط ٦ فقرة ٨١٤ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٠٠ .

فان جميع الشركاء يساهمون فى تكاليف البناء كل بنسبة حصته فى الأرض الشائعة(١).

١١٦ - فرض ما إذا بنى الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل أو الموكل : ويقع أن يقوم فضولى بالبناء فى أرض رب العمل . ويكون هذا البناء أمرا عاجلا فتتحقق شروط الفضالة . وفى هذه الحالة لا يعتبر الفضولى بانيا فى أرض الغير . ولا تسرى أحكام الالتصاق . بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق ، وتطبيق أحكام الفضالة . فيجب على رب العمل أن يرد للفضولى النفقات التى صرفها فى البناء مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها

---

(١) أما فى التقنين المدنى السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعى لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة . فان محكمة النقض أشفقت على الشريك الباقى من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يهيىء له وسيلة يلجأ إليها إلا إجماع الشركاء وهو أمر متعذر ، فقضت بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة . ولذلك فانه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فانه لا يعد بانياً فى ملك غيره . ومن ثم فان المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) لا تكون منطبقة على حالته لتعلقها بحكم البناء فى ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية فى الشيوع فى الجزء الذى حصل فيه البناء ، فان كل ماله هو أن يطلب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٤ ص ٥٥) . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة عند بحث الملكية فى الشيوع ، فتحيل إلى ما قدمناه فى هذا الصدد وإلى المراجع والأحكام التى أشرنا إليها (الوسيط ٨ فقرة ٥٠٢) .

أما التقنين المدنى السورى وقانون الملكية العقارية اللبنانى ، فقد قضى كل منهما بوجوب انتظار القسمة ، فان لم يخرج الجزء المبنى فى حصة الباني ، اعتبر بانياً فى أرض غيره وهو حسن النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق ، وهذا هو ما كانت محكمة النقض المصرية تقضى به فى عهد التقنين المدنى السابق فيما رأينا . وقد نصت المادة ٨٩٢ مدنى سورى فى هذا الصدد على أنه « إذا كانت الأغراس والأبنية قد غرسها أو شيدها على عقار مشترك أحد الشركاء فى هذا العقار بدون رخصة شركائه الآخرين ، فتجرى قسمة العقار عند الاقتضاء على يد القاضى ، ثم يطبق على كل حصة من الحصص أحكام المادة ٨٨٩ (أحكام الالتصاق فى حالة البانى بحسن نية) » . وانظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى . أما التقنين المدنى العراقى فقد نصت المادة ١١٢٣ منه على أنه « إذا بنى أحد أصحاب الحصص لنفسه فى الملك المشترى القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ، ثم طلب الآخرون القسمة ، فتقسم . فاذا أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه ، وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف البانى بالهدم » .

فى أثناء قيامه بالبناء . وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بهذا العمل (م ١٩٥ مدنى) .

وقد يوكل شخص شخصا آخر فى إدارة أعماله . ويكون من الأعمال التى يقوم بها الوكيل تنفيذا لوكالته إقامة بناء فى أرض الموكل . فيجب هنا أيضا عدم اعتبار الوكيل بانيا فى أرض غيره . بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق . وأحكام الوكالة هى التى يجب تطبيقها فى هذا الفرض . فيلتزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى إقامة البناء مع الفوائد من وقت الانفاق ، وإذا طلب الوكيل مبالغ للإنفاق منها فى شؤون البناء وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ (م ٧١٠ مدنى) [١] .

§ ٦ - فروض تستثنى من أحكام الالتصاق

١١٧ - فرض ما إذا جار البانى بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة - نص قانونى :

تنص المادة ٩٢٨ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة . جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » [٢] .

---

(١) أنظر هذه المسألة فى القانون الفرنسى وتردد القضاء الفرنسى : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٠ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المصرى كان يجرى على هذا المبدأ تطبيقاً لقواعد العدالة : استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٠٤ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٤ - العطارين ٢٧ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٤٩ ص ١٢٥ . ولم

ويفرض هذا النص أن أرضا بنى عليها مالكها ، وفى أثناء البناء جاوز ، دون أن يتنبه لذلك ، حدود ملكه إلى جزء صغير من الأرض الملاصقة لأرضه ، فامتد البناء إلى هذا الجزء الصغير . وقد يكون ذلك ، كما هو الغالب ، لعدم ظهور الحدود وابهامها ما بين الجيران . وهذا فرض يدخل فى نطاق أحكام الالتصاق . فالبانى قد بنى بحسن نية فى هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه . فيكون قد بنى فى ملك غيره . وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق فى هذا الفرض أن يتملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق ، وذلك بأدنى القيمتين . قيمة ما أنفقه البانى فى هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد فى الجزء الصغير الملاصق بسبب البناء . وكلا القيمتين تافه إزاء التضحية التى يتحملها البانى من أن يكون جزء لا يتجزأ من بنائه مملوكا لجاره بالالتصاق . وإذا جاز للبانى وهو حسن النية أن ينزع البناء من الجزء الملاصق . فان تضحيته تكون تضحية أكبر . وإذا جاز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، فان هذا هو حق للجار الملاصق لا التزام عليه . ولا يستطيع البانى أن يجبره على استعماله . والحل العادل فى هذا الفرض هو جواز اجبار الجار الملاصق على أن ينزل عن ملكية هذا الجزء الصغير من أرضه المشغول بالبناء لجاره البانى فى نظير تعويض عادل . ولكن هذا الحل العادل يخالف أحكام الالتصاق كما رأينا ، ومع ذلك فقد كان القضاء المصرى يجرى عليه فى عهد التقنين المدنى السابق أخذا بمقتضيات العدالة[1] . وكان ينقصه أن يستند إلى نص فى ذلك يستثنى هذا الفرض من أحكام الالتصاق . ويجعل الحكم فيه هو هذا الحكم العادل .

وقد أوجد التقنين المدنى الجديد هذا النص العادل . وهو المادة ٩٢٨

= يكن القضاء يستند إلى نص ، فقنن التقنين المدنى الجديد هذا القضاء العادل .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى	لا مقابل .
التقنين المدنى الليبى	م ٩٣٢ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى	لا مقابل .
قانون الملكية العقارية اللبنانى	لا مقابل .

(١) انظر آنفا ص ٣١٦ هامش ٢ .

مدنى سالفة الذكر [١] . ويجب لتطبيقها توافر شرطين : (١) أن يكون الباني إنما يبنى أصلا فى أرضه ، وقد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق . (٢) أن تكون هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية [٢] .

فاذا توافر هذان الشرطان ، جاز للقاضى ألا يجرى أحكام الالتصاق ، وأن يستثنى هذا الفرض من هذه الأحكام . وبدلا من أن يملك الجزء من البناء لصاحب الجزء الصغير من الأرض الملاصقة ، يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل يقدره الخبير عند الاقتضاء [٣] . ويلاحظ أن هذا أمر جوازى للقاضى وخاضع لتقديره ،

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «واستثناء من الأحكام المتقدمة ، إذا جار البانى بحسن نية على أرض الجار ، وكان يبنى فى أرضه فجاوزها إلى جزء صغير ملاصق له من أرض جاره ، وبنى بناء ضخماً لو طبقت عليه الأحكام المتقدمة لأصبح جزء من هذا البناء الضخم ملكاً للجار ، لجاز للبانى أن يجبر الجار على أن ينزل له عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل ... وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ دون أن يستند إلى نص ، فقنن المشروع هذا القضاء العادل ، ودعمه بالنص الذى ينقصه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٢) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٢ — أما إذا كان البانى قد بنى بسوء نية بأن كان متنبهاً لمجاوزته حدود أرضه ، وبخاصة إذا نبهه الجار إلى ذلك فلم يأبه لهذا التنبيه ، فانه يجب تطبيق أحكام الالتصاق المتعلقة بالبانى سيء النية . ويكون للجار الملاصق طلب إزالة البناء الذى يشغل أرضه ، أو تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق الهدم أو قيمة ما زاد فى أرضه بسبب هذا البناء (نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٨٤٢ داللوز ٤٢ — ١ — ٣٠٦ محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٥ ص ٤٠٠) .

(٣) ويمتد فى هذا التعويض ، لا فحسب بقيمة الجزء من الأرض المشغول بالبناء ، بل أيضاً بما أصاب صاحب الأرض الملاصقة من الضرر بسبب حرمانه من هذا الجزء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٣ ص ٣٨٣) .

ولما كان هذا الحكم حكماً استثنائياً ، فانه لا يجوز التوسع فى تفسيره ، ويترتب على ذلك ما يأتى : (أ) لا يجوز تمليك البانى إلا الجزء الصغير الملاصق للبناء والمشغول به دون زيادة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم الاقتصار على تمليك هذا الجزء من الأرض الذى يشغله البناء ، بل يمتد التمليك مسافة متر حول البناء من الخط الخارجى لكل مطل مفتوح فى البناء حتى يتفادى البانى الحكم بسد المطل (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١) . وهذا الحكم منتقد ، حتى فى عهد التقنين المدنى الجديد الذى أوجد السند التشريعى للمسألة التى نحن بصددها ولم يكن هذا السند موجوداً فى التقنين المدنى السابق الذى صدر فى عهده =

فاذا رأى من ظروف القضية ومن حسن نية البانى ومن صغر الجزء من الأرض الملاصقة المشغول بالبناء ما يشفع فى الأخذ بهذا الحكم الذى يخرج فيه على أحكام الالتصاق ، جاز له أن يستثنى هذا الفرض ، وبدلا من أن يخضعه لأحكام الالتصاق يخضعه لهذا الحكم العادل (١) .

١١٨ ـ المنشآت الصغيرة المقامة على أرض الغير لا على سبيل الدوام ـ نص قانونى : تنص المادة ٩٢٩ مدنى على ما يأتى :

« المنشآت الصغيرة ، كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، تكون ملكا لمن أقامها » (٢) .

وهذا استثناء آخر من أحكام الالتصاق ، اقتبس من المادة ٦٧٧ مدنى سويسرى . فان الأصل أن المنشآت ، كبيرة كانت أو صغيرة ، متى اندمجت

ـ هذا الحكم . ويكون تمليك البانى الجزء المشغول بالبناء على خلاف القواعد العامة فى الالتصاق ، ولا مسوغ لإبقاء المطل مفتوحاً على ملك الجار بل يجب سده (أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفه ٢ فقرة ٥٥ ص ١٠١ هامش ١) . (ب) لا يجوز للحكم بتقسيط أو تأجيل التعويض المستحق فى ذمة البانى لصاحب الجزء الملاصق ، فان هذا تيسير مقصور على الحالات الواردة فى نصوص خاصة (م ٩٢٤-٩٢٦ مدنى) ، وليست هذه الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩٢٧ مدنى من بينها .

(١) أنظر هذه المسألة فى القانون الفرنسى واضطراب القضاء فيها لانعدام النص : نقض فرنسى ٢٠ نوفبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٨ - ٢ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٢٠٢ - بودرى وشوفو فقرة ٣٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٧٨ - مارتى ورينو فقرة ١٣٤ مكررة ص ١٤٩ - ص ١٥٠ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ construction فقرة ٨٤ - فقرة ٨٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٧ ص - ٣٢٨) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

فى الأرض ، تملكها صاحب الأرض بالالتصاق على التفصيل الذى قدمناه . ولكن القانون استثنى فى هذا الفرض المنشآت الصغيرة التى تقام موقتا على أرض الغير ، دون أن يقصد بقاؤها فيها على الدوام . وذلك كالأكشاك الخشبية والدكاكين الصغيرة والعشش والاستراحات الموقتة وأكشاك الاستحمام التى لها أساس ثابت فى الأرض وغير ذلك من المآوى . فهذه ليست فحسب منشآت صغيرة ، بل هى أيضا منشآت موقتة لم يقمها صاحبها على أرض الغير على سبيل الدوام . وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق أن صاحب الأرض يتملكها بالالتصاق ، على أن يدفع تعويضا لأصحابها يختلف باختلاف الأحوال .

ولكن استثناء من أحكام الالتصاق ، ونظرا لصغر قيمة هذه المنشآت وبالأخص لأنها منشآت موقتة لم يقصد من إقامتها أن تبقى على سبيل الدوام ، قضت المادة ٩٢٩ مدنى سالفة الذكر بأن صاحب الأرض لا يتملكها بالالتصاق ، بل تبقى ملكا لمن أقامها . ويستوى فى ذلك أن يكون من أقام هذه المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامتها فى أرض الغير ، أو كان سيء النية يعلم أن الأرض مملوكة للغير وألا حق له فى إقامة المنشآت عليها .

ويترتب على ذلك أن صاحب هذه المنشآت يستطيع نزعها من الأرض حتى لو كان سيء النية ، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعوض صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر . ويترتب على ذلك أيضا أن صاحب الأرض يستطيع أن يطلب إزالتها حتى لو كان صاحبها حسن النية(١) ، ما دام لم يتفق معه على إقامتها أو لم تحدد الاتفاق مصير المنشآت .

وتبقى المنشآت قائمة على الأرض ومملوكة لمن أقامها ، حتى ينزعها هذا الأخير أو يطلب إزالتها صاحب الأرض . وذلك ما لم يتفق صاحب الأرض وصاحب المنشآت على أمر آخر ، كأن يتفقا على أن تبقى المنشآت فى الأرض لمدة معينة فى نظير أجرة عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت .

---

(١) مع التعويض إن توافرت شروط المسئولية التقصيرية ، وثبت خطأ فى جانب صاحب المنشآت .

أو يتفقا على تملك صاحب الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض فى نظير مبلغ معين ، أو يتفقا على أى أمر آخر (١) .

المطلب الثالث

الصورة الثالثة — البانى بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره

١١٩ — نص قانونى: تنص المادة ٩٣٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا أقام أجنبى منشآت بمواد مملوكة لغيره ، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها . وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبى ، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ماهو باق فى ذمته من قيمة تلك المنشآت » (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى الوطنى السابق المادة ٦٦ (٣) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٩١ . وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٣٤ — وفى التقنين العراقى م ١١٢٢ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢١٨ (٤) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا تنطبق الأحكام المتقدمة (أحكام الالتصاق) على الأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً بقاؤها على الدوام ، فهذه لا تملك بالالتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها ، ويكلف هذا إذا كان معتدياً بالإزالة والتعويض (م ١٣٦٤ من المشروع وهى مأخوذة من المادة ٦٧٧ من التقنين السويسرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٠ (مجموعة الأعمال ٦ ص ٣٢٩ — ص ٣٣٣) .

(٣) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٦ : إذا حصل البناء أو الغراس أو غير ذلك من شخص فى أرض غيره بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره أيضاً ، فلا يجوز لصاحب المهمات والأدوات المذكورة أن يطلب ردها إليه ، بل له الحق فى أخذ تعويض من ذلك الغارس أو البانى ، أو من صاحب الأرض على قدر ما يكون مطلوباً منه .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٩١ (موافق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢١٨ (موافق) .

وهذه هى الصورة الثالثة من صور الالتصاق الصناعى ، وفيها يقيم البانى منشآت فى أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث . فيكون أمامنا أشخاص ثلاثة : صاحب المواد التى أقام بها البانى المنشآت ، والبانى الذى أقام المنشآت ، وصاحب الأرض التى أقيمت فيها المنشآت . وعلينا إذن أن نحدد : (١) علاقة صاحب المواد بالبانى . (٢) علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض . (٣) علاقة البانى بصاحب الأرض .

١٢٠ - علاقة صاحب المواد بالبانى : لما كانت المواد منقولا ، فمن الجائز أن يكون البانى قد حازها بحسن نية وبسبب صحيح ، فيكون قد تملكها بالحيازة . فاذا أقام بها منشآت فى أرض غيره ، يكون قد أقام هذه المنشآت بمواد مملوكة له فى أرض الغير . ولا رجوع لصاحب المواد السابق عليه بشىء . وتكون العلاقة بينه وبين صاحب الأرض محكومة بالقواعد التى فصلناها فى الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعى فى المطلب السابق .

أما إذا كان البانى لم يتملك المواد بالحيازة ، بل أقام بها المنشآت وهى غير مملوكة له . فقد يكون بنى فى أرض غيره [١] وهو سىء النية فأجبر على نزعها من الأرض ، أو بنى وهو حسن النية واختار هو أن ينزعها من الأرض . وفى الحالتين ، ما دامت المواد قد نزعت من الأرض ولم يتملكها صاحب الأرض بالالتصاق ، فانه يبدو أن صاحب المواد يستطيع استردادها من البانى ما دامت قد احتفظت بذاتيتها . لأن صاحب الأرض لم يتملكها بالالتصاق ولم تنتقل ملكيتها إلى البانى بسبب من أسباب انتقال الملك فبقيت على ملك صاحبها . ويكون أيضا لهذا الأخير أن يرجع على البانى بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر [٢] .

---

(١) أما إذا كان البانى قد بنى بمواد غيره فى أرض هذا الغير بالذات ، فالأمر واضح . ذلك أن المواد والأرض مملوكة لشخص واحد ، فيتملك هذا الشخص المنشآت التى أقيمت فى أرضه بمواد مملوكة له دون حاجة إلى الاستناد إلى قواعد الالتصاق ، ويرجع عليه البانى بدعوى الإثراء بلا سبب .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٩ - ص ٢٥٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٦٤ - إسماعيل غانم ص ٦٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٠ .

وإذا كان صاحب الأرض قد تملك المواد بالالتصاق ، فان لصاحب المواد أن يرجع على البانى بالتعويض لأنه قد تسبب فى أن تضيع عليه ملكية مواده . فيرجع بقيمة هذه المواد وقت إقامة المنشآت بها . وبالتعويض عما قد يكون أصابه من ضرر بسبب فقده لملكية المواد .

١٢١ - علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض : إذا تملك صاحب الأرض المواد بالالتصاق ، فان ملكية هذه المواد تنتقل من صاحبها إلى صاحب الأرض بسبب من أسباب كسب الملكية هو هذا الالتصاق بالذات . وليس صاحب الأرض فى الأصل مسئولا نحو صاحب المواد ، وإنما هو مسئول نحو البانى بالتعويض الذى فصلناه فيما تقدم . ولما كان صاحب الأرض مدينا للبانى ، وكان البانى مدينا بدوره لصاحب المواد فى الوجه الذى أسلفناه (١) ، فانه يجوز لصاحب المواد أن يرجع على صاحب الأرض بالدعوى غير المباشرة باعتباره دائنا لدائنه .

ولكن القانون أعطى لصاحب المواد فوق ذلك دعوى مباشرة على صاحب الأرض . إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٢٠ مدنى كما رأينا : « كما له (لصاحب المواد) أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق فى ذمته من قيمة هذه المنشآت » . ذلك أن البانى إذا كان قد بنى وهو سيء النية ولم يطلب صاحب الأرض الإزالة . فعلى صاحب الأرض أن يدفع للبانى أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت . وإذا كان البانى قد بنى وهو حسن النية . ولم يطلب نزع المنشآت من الأرض . فعلى صاحب الأرض أن يدفع للبانى أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت . ونرى من ذلك أن صاحب الأرض ، فى الحالتين ، إذا تملك المنشآت بالالتصاق ، عليه أن يدفع تعويضا للبانى بمقدار حدده القانون على النحو سالف الذكر . وعلى صاحب الأرض أن يدفع هذا التعويض للبانى ، فاذا دفعه كله أو بعضه دون أن يعلم بحق صاحب المواد قبل البانى ، فقد

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

برئت ذمته من هذا التعويض بمقدار ما دفع . أما إذا أنذر صاحب المواد صاحب الأرض بماله من حق التعويض فى ذمة البانى على النحو الذى قدمناه[1]، فانه يجب على صاحب الأرض أن يستبقى فى يده التعويض المستحق للبانى قبله أو الباقى من هذا التعويض . ويكون لصاحب المواد الحق فى الرجوع على صاحب الأرض بدعوى مباشرة ، بالتعويض المستحق له قبل البانى فى حدود التعويض المستحق للبانى قبل صاحب الأرض أو فيما هو باق فى ذمته من هذا التعويض . فاذا دفع صاحب الأرض للبانى التعويض المستحق له بالرغم من الإنذار الموجه إليه من صاحب المواد ، لم يسر هذا الدفع فى حق صاحب المواد وكان لهذا الأخير أن يرجع على صاحب الأرض بما هو مستحق له فى حدود الباقى فى ذمة صاحب الأرض للبانى وقت الإنذار . ولصاحب الأرض أن يرجع على البانى بما أجبر على دفعه لصاحب المواد على النحو المتقدم الذكر .

ويبرر إعطاء القانون لصاحب المواد هذه الدعوى المباشرة على صاحب الأرض أن المنفعة التى قدمها صاحب المواد بمواده كانت هى السبب فى حق التعويض الذى وجد فى ذمة صاحب الأرض للبانى . وتقوم الدعوى المباشرة على نص صريح ، يرجع إلى أن الدائن الذى ثبتت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقا فى ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها (٢) . وهنا توجد منفعة قدمها صاحب المواد كما سبق القول ، كما يوجد النص الصريح فى العبارة الأخيرة من المادة ٩٣٠ مدنى سالفة الذكر .

١٢٣ ـ علاقة البانى بصاحب الأرض : أما علاقة البانى بصاحب الأرض فواضحة مما قدمناه فى الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعى . فالبانى إما أن يكون سىء النية ، أو حسن النية .

فان كان سىء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض . وعند ما يزيل البانى المواد من الأرض ،

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٩٢ – فقرة ٥٦٣ .

يجوز كما قدمنا (١) أن يستردها صاحبها منه . وإذا لم يطالب صاحب الأرض الإزالة ، تملك المنشآت بالالتصاق . ووجب عليه أن يدفع للبانى أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت . وفى حدود هذا التعويض يستطيع صاحب المواد أن يرجع بدعوى مباشرة على صاحب الأرض لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل البانى (٢)

وإن كان البانى حسن النية ، كان له أن ينزع المواد من الأرض مع إعادة الأرض إلى أصلها . وعندما ينزع البانى المواد من الأرض ، يجوز هنا أيضا كما قدمنا (٣) أن يستردها صاحبها منه . وإذا لم ينزع البانى المواد من الأرض ، تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ، على أن يدفع للبانى أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت . وهنا أيضا يستطيع صاحب المواد أن يرجع فى حدود هذا التعويض بدعوى مباشرة على صاحب الأرض . لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل البانى (٤) . ويلاحظ أخيرا أنه إذا كان التزام صاحب الأرض بتعويض البانى على النحو سالف الذكر مرهقا له ، كان له أن يملك الأرض للبانى فى نظير تعويض عادل طبقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن (٥) .

المبحث الثالث

التصاق المنقول بالمنقول

١٢٣ – نص قانونى : تنص المادة ٩٣١ مدنى على ما يأتى :

« إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .
(٤) أنظر آنفا فقرة ١٢١ .
(٥) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

بقواعد العدالة ، ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦٧ /٩٢ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٩٣ – وفى التقنين المدنى الليبي م ٩٣٥ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٢٥ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (٣) .

وهذه هى الحالة الثالثة من أحوال الالتصاق . فى الحالتين الأوليين كان الالتصاق بعقار ، وكان إما التصاقا طبيعيا فى الحالة الأولى ، أو التصاقا صناعيا فى الحالة الثانية . أما فى هذه الحالة الثالثة ، فالالتصاق هو التصاق منقول بمنقول ، وهو قليل الوقوع فى العمل ، وإذا وقع فأهميته محدودة . ولذلك لم يفرد له التقنين المدنى إلا نصا واحدا وكل فيه الأمر للقاضى . وقد اقتفى فى ذلك أثر التقنين المدنى السابق . ويستوى فى هذا الالتصاق

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٤ – ص ٣٣٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م٦٧/٩٢ : إذا اختلط أو التصق شيئان من المنقولات كل واحد منهما مملوك لشخص بحيث لا يمكن تفريق أحدهما عن الآخر بدون حصول تلف لهما ، فللمحاكم أن تنظر فى ذلك بمقتضى أصول العدالة ، مع مراعاة الضرر الذى يحدث ومراعاة أحوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق . (والتقنين المدنى السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبي م ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٥ : إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، وكان الالتصاق قضاء وقدراً ، تملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين العراقى يشترط أن يكون الالتصاق قضاء وقدراً ، ويقضى حتماً بأن يتملك صاحب المنقول الأكبر قيمة المنقول الآخر بقيمته) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

أن يكون قد وقع عمدا أو بقوة قاهرة ، كما يستوى أن يكون أحدا لمالكين أو كلاهما حسن النية أو سيء النية . والمهم أن تتوافر شروط التصاق المنقول بالمنقول ، فاذا ما توافرت ترتب على ذلك أحكام مردها جميعا إلى تقدير القاضى .

١٢٤ ــ شروط التصاق المنقول بالمنقول : يجب توافر شروط أربعة:

أولا ــ أن يتم الالتصاق بين منقول ومنقول . أما إذا تم التصاق منقول بعقار ، فقد ميزنا فيما تقدم بين الالتصاق الطبيعى والالتصاق الصناعى ، واستعرضنا صور كل من هاتين الحالتين ، وبسطنا الأحكام المتعلقة بكل من هذه الصور .

ثانيا ــ أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين . أما إذا اتحد المالك ، فلا يكون هناك مجال لإعمال أحكام الالتصاق . إذ يكون المنقولان الملتصقان فى حالتهما الجديدة مملوكين لنفس المالك الواحد الذى كان يملك كلا منهما .

ثالثا ــ أن يندمج المنقولان احدهما فى الآخر بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما . وهذا هو الذى يبرر إعمال قواعد الالتصاق ، لأن المنقولين يصبحان على هذا النحو منقولا واحدا ، فلا بد من تعيين أى من المالكين المختلفين يكون هو المالك لهذا المنقول الجديد . أما إذا أمكن الفصل ، فلا يكون هناك حاجة لإعمال قواعد الالتصاق ، ووجب فصل المنقولين أحدهما عن الآخر وإعطاء كل منقول لصاحبه .

رابعا ــ ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين فى شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق . وهذا شرط جوهرى ، وقد رأينا نظيره فى الالتصاق الصناعى بعقار فى صورة الثلاث [1] . ذلك أنه إذا وجد اتفاق سابق ، كعقد استصناع مثلا ، فهذا الاتفاق هو الذى يسرى ، ولا تسرى أحكام الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إلا أن المشروع نبه إلى أمر هام ، هو ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين للمنقولين الملتصقين . وهذا القيد هو الذى يمنع من تطبيق الحكم فى العلاقة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٩٧ .

ما بين المستصنع والصانع . فان الصانع وإن كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع ، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع . وهو عقد الاستصناع » (١).

١٢٥ - احكام التصاق المنقول بالمنقول : نستبعد أولا من نطاق هذه الأحكام الفرض الذى فيه يتملك أحد المالكين المختلفين المنقول الآخر بالحيازة إذا كان حسن النية . فيتحد المالك فى هذا الفرض ، ولا تعود شروط الالتصاق ومنها اختلاف المالك متوافرة .

ويبقى إذن الفرض الذى فيه يلتصق المنقولان وهما وقت الالتصاق مملوكان لمالكين مختلفين ، لأن أحدا منهما لم يتملك المنقول الآخر بالحيازة . وقد أطال التقنين المدنى الفرنسى فى تفريع أحكام هذه الحالة من الالتصاق ، حتى أنه خصص لهذه المسألة المحدودة الأهمية والنادرة الوقوع ثلاث عشرة مادة (م ٥٦٥ - ٥٧٧ مدنى فرنسى) . مقتفيا فى ذلك أثر القانون الرومانى الذى كان يعير المسألة أهمية كبيرة نظرا لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة لم تكن معروفة عنده ، وهذه القاعدة تحول إلى حد بعيد دون تطبيق أحكام الالتصاق كما سبق القول .

أما التقنين المدنى المصرى ، القديم والجديد . فلم يعر المسألة هذه الأهمية الكبيرة ، واكتفى كما قدمنا بنص واحد وكل فيه الأمر للقاضى . بعد أن وضع له توجيهات عامة يسترشد بها .

وأول هذه التوجيهات هو أن يحكم القاضى مسترشدا بقواعد العدالة . فقد يختلط منقولان مختلفا القيمة أحدهما بالآخر ، فقواعد العدالة تقضى بأن يتملك صاحب الشىء الأكبر قيمة الشىء الأقل قيمة على أن يدفع قيمة هذا الشىء لصاحبه ، أو أن يتملك صاحب الشىء الأصلى الشىء التابع على أن يدفع لصاحبه قيمته . فاذا امتزج السمن بالعسل أو المشروبات الروحية بالماء أو بالصودا ، فظاهر أن صاحب السمن أو صاحب المشروبات الروحية ، وهو مالك الشىء الأكبر قيمة ، يتملك العسل أو الماء أو الصودا ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٥ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ ص ٢٧٨ هامش ٢ .

على أن يدفع قيمة هذه الأشياء لأصحابها . وإذا التصقت قطعة « غيار » فى « ماكينة » السيارة ، فظاهر أن مالك السيارة . وهو مالك الشيء الأصلى ، يتملك قطعة الغيار وهى شيء تابع على أن يدفع قيمتها لصاحبها .

ومن هذه التوجيهات أيضا أن يراعى القاضى الضرر الذى حدث . فأى المالكين يصيبه ضرر أكبر بفقد ملكية منقوله هو الذى يستبقى ملكية هذا المنقول ويتملك المنقول الآخر . فاذا خلط شخص قمحا مملوكا له بقمح مملوك لشخص آخر ، فأى المالكين يكون أحوج إلى القمح المخلوط يتملك قمح الشخص الآخر على أن يدفع له تعويضا عنه .

ومن هذه التوجيهات كذلك أن يراعى القاضى حالة كل من الطرفين من حيث القدرة المالية . فأى المالكين أقوى قدرة على تعويض الطرف الآخر هو الذى يتملك المنقولين بعد التصاقهما ، على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له .

ومن هذه التوجيهات أخيرا أن يراعى القاضى حسن نية كل من الطرفين . فأى منهما كان حسن النية ، وكان قادرا على تعويض الطرف الآخر ، هو الذى يتملك المنقولين بعد التصاقهما ، على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له . وقد يجعل القاضى المنقولين ملكا للمالك سيء النية الذى تعمد خلط أحدهما بالآخر ، إذا كان من شأن هذا الخلط أن ينقص من قيمتهما ، ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقوله بقيمته كاملة قبل أن تنتقص بالخلط . وقد يرى القاضى أن العدالة تقضى بتمليك صاحب الشيء غير الأصلى الشيء الأصلى ، نظرا لسوء نية صاحب هذا الشيء الأخير .

وقد لا يرى القاضى مرجحا لجعل الملكية لأحد من المالكين . فيجعل المنقول الذى نتج من التصاق المنقولين أحدهما بالآخر مملوكا على الشيوع لهما معا ، كل بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه . ففى القمح المخلوط : قد يرى القاضى أن يجعله شركة بين المالكين بالنسبة التى تقدم ذكرها . وقد يرى أن يباع ، ويقسم ثمنه بينهما بنفس النسبة .

وتميز القانون الفرنسى فى هذا الصدد بين الضم (adjonction) والخلط أو المزج (mélange ou confusion)؛ والتحويل (spécification). فالضم اتحاد منقولين مع إمكان تمييز كل منهما عن الآخر، فيملك صاحب المنقول الأصلى أو المنقول الأكبر قيمة المنقولين معاً، على أن يعوض صاحب المنقول الآخر. فوضع قطعة من الماس (solitaire) فى خاتم من ذهب يجعل صاحب الماس هو المالك على أن يعوض صاحب الذهب، وذلك بشرط أن يكون من المتعذر فصل المنقولين أحدهما عن الآخر دون تلف. والخلط أو المزج هو خلط منقولين أحدهما بالآخر بحيث لا يمكن تمييز أى منهما، كخلط غلال مملوكة لشخص بغلال مملوكة لشخص آخر، أو مزج نبيذين مملوكين لمالكين مختلفين. والأصل أن يكون المنقول الجديد مملوكا على الشيوع للمالكين معاً؛ فيباع ويقسم ثمنه عليهما كل بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه. ولكن إذا كان أحد المنقولين أكبر قيمة من الآخر، ملك صاحبه المنقول الجديد، وعوض صاحب المنقول الآخر. والتحويل هو صنع شخص لشىء جديد من مادة مملوكة لآخر، فصاحب المادة هو الذى يملك فى الأصل الشىء الجديد على أن يعوض الشخص الآخر النفقات التى تكلفها وأجر عمله. ويشترط فى ذلك أن تكون قيمة المادة أكبر من قيمة العمل. فمن خاط قماشا أو صنع طقما من «الأوبيسون». كان عمله فى الغالب أقل قيمة من القماش الذى خاطه أو «الأوبيسون» الذى صنع منه طقما. فيملك صاحب القماش أو صاحب «الأوبيسون» القماش بعد خياطته أو «الأوبيسون» بعد صناعته طقما، على أن يعوض الصانع عن عمله. أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المادة، فان الصانع يملك الشىء المصنوع، على أن يعوض صاحب المادة. فمن صنع تمثالا من رخام أو نبيذا من عنب، ملك التمثال أو النبيذ، وعوض صاحب الرخام أو العنب. ويشترط فى كل ذلك بداهة ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين؛ فان وجد اتفاق كعقد استصناع فان الاتفاق هو الذى يسرى كما سبق القول.

وهذه الأحكام لا يوجد ما يمنع من تطبيقها فى مصر، إذا وجد القاضى أنها تتفق مع قواعد العدالة التى يجب أن يسترشد بها فى هذا الصدد كما قدمنا.

الفصل الثانى

العقد

(Contrat)

١٣٦ — كسب الملكية بالعقد — نص قانونى : تنص المادة ٩٣٢ مدنى على ما يأتى :

« تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، فى المنقول والعقار ، بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

ويخلص من هذا النص أن الملكية ، فى المنقول والعقار على السواء ، تنتقل بالعقد ، على أن يرد العقد على عين معينة بالذات مملوكة للمتصرف .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠١ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٧ — ص ٣٣٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٥/٦٧ : تنتقل الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك ، متى كان المال مملوكاً للمملك .

(والتقنين المدنى السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٩٤ (مطابق فيما يتعلق بالمنقول فقط) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٦ : ١ — تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول والعقار .
٢ — والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً . (ويوجد فى القانون العراقى نظام السجل العينى « الطابو » ، فلكية العقار لا تنتقل إلا بتسجيل العقد فى الطابو) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لامقابل : ويوجد فى القانون اللبنانى أيضاً ، كما يوجد فى القانون السورى ، نظام السجل العينى (السجل العقارى) . أنظر فيما يتعلق بنقل ملكية العقار فى القانون اللبنانى وضرورة القيد فى دفتر الملكية (السجل العقارى) المادتين ١٠ و ١١ من القرار رقم ١٨٨ المؤرخ فى ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقارى .

ونقل الملكية فى المنقول بالعقد ظاهر . وإذا كانت الملكية فى العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل . فان معنى ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تمت إجراءات التسجيل . ولكن الذى ينقل الملكية ، حتى فى العقار ، هو العقد لا التسجيل . ذلك أن التسجيل لا ينقل بذاته الملكية إلا فى نظام السجل العينى ، وهذا النظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم وإن كان قد صدر به قانون كما سيجىء . وحتى لو قلنا مع الرأى الراجح إن الملكية فى العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل ، فان ذلك لا يمنع من أن الذى نقل الملكية هو العقد ، ولكن يتراخى أثره فى نقل الملكية إلى وقت التسجيل [1] . والصحيح فى نظرنا أن العقد المسجل ينقل الملكية فى العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل ، ولا ينفذ نقل الملكية فى حق الغير إلا من وقت التسجيل . وقد بسطنا رأينا هذا فى تفصيل واف عند الكلام فى البيع [2] .

ويحيل النص فى انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدنى ، وهى تنص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . فنقل الملكية إذن يسبقه التزام بنقل الملكية ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل فى العقار ، فتنتقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الالتزام [3] .

وليس كل عقد يكسب الملكية أو يكشف عن كسبها . والعقود المسماة المكسبة للملكية هى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض ، وأهم هذه العقود جميعا هو عقد البيع . والعقود المسماة التى تكشف عن كسب الملكية هى الصلح والقسمة .

---

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦٣ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ — فقرة ٢٨٦ .

(٣) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٦ — وانظر فى التطور التاريخى للبيع كمقد ناقل للملكية ، وفى أنه لم يكن فى القانون الرومانى يرتب فى ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية : الوسيط ٤ فقرة ٢٢٩ — فقرة ٢٣٢ — وانظر أيضاً فى تحليل معنى نقل الملكية ، وفى أنه يجب التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلا : الوسيط ٤ فقرة ٢٣٣ — فقرة ٢٣٩ — وفى الاتفاق على تأجيل نقل الملكية حتى استيفاء الثمن : الوسيط ٤ فقرة ٩٠ — فقرة ٩٤ .

١٢٧ – كسب الملكية بالعقد فى المنقول – التمييز بين الأحوال الأخرى : فاذا كان الشيء الذى يرد عليه العقد منقولا ، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء الذى لم يعين إلا بنوعه .

فنى الشيء المعين بالذات ، يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية المتولد من العقد بمجرد نشوء هذا الالتزام . فاذا باع شخص سيارة معينة بالذات لشخص آخر ، كان ملتزما بنقل ملكية السيارة إلى المشترى . ومتى نشأ هذا الالتزام فى ذمته تم تنفيذه بمجرد نشوئه . فتنتقل ملكية السيارة فعلا إلى المشترى ، وذلك دون حاجة إلى أى إجراء آخر من تسليم أو نحوه [١] .

وفى الشيء المعين بنوعه ، تنص المادة ٩٣٣ مدنى على ما يأتى :

« المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بافرازه طبقا للمادة ٢٠٥ » [٢] .

والمادة ٢٠٥ مدنى التى تشير إليها المادة ٩٣٣ مدنى سالفة الذكر تنص على أنه « ١ – إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شيء لم يعين إلا بنوعه ،

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ٤١٧ و ٤ فقرة ٢٤١ – فقرة ٢٤٤ وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول المعين بالذات ، ولا حاجة للتسليم . فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر ، انتقلت ملكيتها إلى المشترى قبل التسليم . ولو باعها مرة ثانية إلى مشتر آخر ، كانت الملكية للمشترى الأول ، ولكن لو سلمها البائع للمشترى الثانى انتقلت الملكية من المشترى الأول إلى المشترى الثانى بالحيازة لا بالعقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٨ – ص ٣٣٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٣٢٨/٢٦٨ : لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بتسليمه لمشترى . (والتقنين المدنى السابق يجعل انتقال الملكية بالتسليم ، والصحيح أن انتقال الملكية يكون بالإفراز ، وإن كان الإفراز يتم عادة عند التسليم) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٩٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشيء . ٢ – فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي ، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض » . فيتم انتقال الملكية في المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه بالإفراز . ولو قبل التسليم . فلو أن شخصا باع إلى شخص آخر عشرين أردبا من القمح ، لم تنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد البيع . ويجب إفراز كمية من القمح معادلة للمقدار المحدد في عقد البيع بقصد تسليمها إلى المشترى . ومن ثم يصبح المبيع شيئا معينا بالذات ، فتنتقل ملكيته بالإفراز دون حاجة إلى التسليم [1] .

١٢٨ – كسب الملكية بالعقد في العقار – وجوب الشهر – نص قانوني

تنص المادة ٩٣٤ مدنى على ما يأتي :

« ١ – في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقارى » .

« ٢ – ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها ، سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة . ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » [2] .

---

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة ، وفي كيف يكون التنفيذ إذا امتنع البائع عن الإفراز ، وفي نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشترى : الوسيط ٢ فقرة ٤١٩ – فقرة ٤٢٣ – ٤ فقرة ٢٤٥ – فقرة ٢٤٨ . وانظر في أن كسب الملكية في المنقول المعين بنوعه هو سبب مركب من العقد وهو تصرف قانونى ومن الإفراز وهو واقعة مادية : حسن كيرة ص ٨ – والعقد مصحوباً بالإفراز هو الذى ينقل الملكية في المنقول المعين بالنوع ، كما أن العقد مصحوباً بالتسجيل هو الذى ينقل الملكية في العقار .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت أحكام التسجيل المبينة في المواد الآتية » . وقد أورد المشروع التمهيدى في المواد ١٣٧٠ إلى ١٣٨١ الأحكام الموضوعية الخاصة بالشهر العقارى ، على أساس أن مكانها المناسب هو التقنين المدنى . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ووضع التسجيل في هذا المكان إذ هو مكانه الحقيق ، فهو يشترط حتى ينقل »

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص :
« أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين

العقد الملكية أن يسجل ، وبذلك اندمج قانون التسجيل فى التقنين المدنى بعد أن كان منفصلا عنه : على أن هذا الاندماج محل للنظر ، فقد يحسن إبقاء قانون التسجيل منفصلا حتى يتم إنشاء السجل العقارى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٦ هامش ١) . وقبل نظر لجنة المراجعة للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ألفت لجنة لنظر مشروع قانون الشهر العقارى ، فرأت أن تضمن هذا المشروع الأخير جميع الأحكام الخاصة بالشهر من موضوعية وشكلية وتنظيمية . ولذلك نقلت الأحكام الموضوعية الواردة فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى إلى قانون تنظيم الشهر العقارى ، وصدر هذا القانون فعلا وعمل به قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد . ولما عرضت المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، وافقت عليها تحت رقم ١٠٠٦ فى المشروع النهائى : بعد تعديلها على الوجه الآتى : « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون الشهر المتعلق بذلك » . وفى مجلس النواب أضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص تحت رقم ١٠٠٣ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً ضئيلا . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٣٤ ، بعد استبدال عبارة « قانون تنظيم الشهر العقارى» بعبارة « قانون الشهر المتعلق بذلك » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٠ – ص ٣٤٢) . وقارن الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ ، حيث ورد خطأ أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب هى التى رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى ، والصحيح أن لجنة المراجعة هى التى رأت ذلك قبل اللجنة التشريعية لمجلس النواب .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن قانون التسجيل كان معمولا به منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وقانون تنظيم الشهر العقارى منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٩٦ :
١ – يكتسب حق تسجيل الحقوق الفعلية العقارية بمفعول العقود . ٢ – وتطبق الأحكام الخاصة بالبيع والهبة على العقارات الأميرية وعلى الحقوق العينية العائدة لهذه العقارات . م ٨٩٧ : إن الالتزام باعطاء العقار يتضمن الالتزام بنقل ملكيته فى السجل العقارى ، وبصيانته حتى هذا النقل ، تحت طائلة دفع العطل والضرر للدائن .
م ٨٩٨ : إن الالتزام بنقل ملكية العقار فى السجل العقارى خاضع لأحكام البيع والامتيازات والتأمينات ، وكذلك للنصوص المتعلقة بالسجل العقارى . (وهذه النصوص تتفق مع أحكام السجل العينى وهو النظام المعمول به فى سورية) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٧ : التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض =

المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد » (١) .
والمقصود أن الملكية تنتقل . حتى فى العقار ، بالعقد . ومتى تم تسجيل العقد فانها تنتقل من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، على أن انتقالها لا يكون نافذا فى حق الغير الا من وقت التسجيل (٢) .

ويحيل النص سالف الذكر ، فى انتقال ملكية العقار ، إلى قانون تنظيم الشهر العقارى ، وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام القضائية والسندات التى يجب شهرها ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

وقد عرضنا ، عند الكلام فى البيع ، إلى نظام الشهر العقارى فى مصر . وبينا أن هناك نظامين للشهر ، نظام الشهر الشخصى وهو المعمول به حتى اليوم ، ونظام السجل العينى وقد صدر به أخيرا القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ولكن لم يعمل بهذا القانون حتى الآن . وقارنا بين النظامين ، فرأينا أن نظام السجل العينى يعلو كثيرا على نظام الشهر الشخصى (٣) .

إذا أخل أحد الطرفين بتعهده ، سواء اشترط التعويض فى التعهد أو لم يشترط . (وهذا النص يتفق مع نظام السجل العينى « الطابو » وهو النظام المعمول به فى العراق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٠٤ : يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدها فى السجل العقارى . وعدا ذلك فان حقوق الملكية وحقوق التصرف تكتسب أيضاً بالإلحاق وفقاً لأحكام الفصل الثانى من هذا الباب . وكل من يكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم ، فهو مالك قبل التسجيل ، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول إلا بعد التسجيل .

م ٢٠٥ : إن مفاعيل القيود معنية بأحكام المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ المتعلق بالسجل العقارى – م ١١ من القرار رقم ١٨٨ (المؤرخ فى ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقارى) : إن الصكوك الرضائية والاتفاقات التى ترمى إلى إنشاء حق عينى أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا اعتباراً من تاريخ قيدها . ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعاويهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم . وتطبق هذه الأحكام خاصة على الصكوك والاتفاقات العقارية والوقفيات والحجج وتجزئة الأوقاف التى تنظم أو تصدق من قبل كتاب العدل والمحاكم الشرعية . (وهذه نصوص تتفق مع نظام السجل العينى أو العقارى وهو النظام المعمول به فى لبنان) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢٦ – وانظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٨ .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ٢٥٠ .

واستعرضنا المراحل الأربع التي مر بها في مصر انتقال الملكية في العقار حتى صدور قانون بتنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ (١).

ففي المرحلة الأولى ، وهي المرحلة السابقة على التقنين المدني القديم ، لم يوجد نظام لشهر انتقال الملكية في العقار . إذ كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد وهي لا تعرف نظام الشهر ، ولم يصدر أي تشريع يضع نظاما للشهر . وقد خفف من عيوب عدم وجود نظام للشهر وجود نظام آخر هو نظام المكلفات الإدارية ، وهو نظام إداري وضع لجبي الضرائب العقارية ، ويقضي بتحرير التصرف في حجة شرعية وتسجيله في سجل خاص بكل مديرية ، وذلك لإثبات كل تغيير في شخص الملتزم بالضريبة العقارية في هذه السجلات أو المكلفات . فكان هذا النظام ، الذي وضع في الأصل لتنظيم جبي الضرائب العقارية ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية . إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنيا يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضي (٢) .

وفي المرحلة الثانية ، وهي المرحلة التي بدأت بصدور التقنين المدني القديم ، أدخل المشرع المصري نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسي الذي كان قد أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ . ولا تزال نصوص هذا التقنين المدني القديم معمولا بها في حالة المحررات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذي سيأتي ذكره . ويقضي التقنين المدني القديم بوجه عام بأن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل فيما بين المتعاقدين

---

(١) وقد ذكرنا في الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٢٤٩) أننا نستعرض تطور نظام الشهر العقاري في كثير من الإيجاز ، على أن نفصل القول فيه عند الكلام في أسباب كسب الملكية . ولكننا رأينا بعد ذلك أن الاستعراض التاريخي الذي أوردناه في الجزء الرابع يكفي للوفاء بالحاجة ، فاقتصرنا هنا على مجرد الإشارة إليه إذ لا يتسع المقام لأكثر من ذلك . وآثرنا أن نركز البحث في الكلام في قانون تنظيم الشهر العقاري وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر ، مقارنين إياه بقانون السجل العيني وهو القانون الذي صدر أخيراً ولم يبدأ العمل به حتى اليوم .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ؛ فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٣ .

بالعقد دون حاجة إلى تسجيل ، وبأنها لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل العقود التي هي مصدر لها . وأهم عيوب هذا النظام أنه كان نظاما شخصيا ، يتم الشهر فيه وفقا لأسماء الأشخاص ، ويتوزع بين جهات ثلاث . المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . ولم تكن له حجية كاملة كالحجية التي تقترن بنظام السجل العيني ، فليس الشهر إلا تسجيلا للعقد كما هو على علاته وبجميع ما ينطوى عليه من عيوب . فلا يصحح عقدا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا . ولم يكن التسجيل ضروريا لنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين ، وحتى بالنسبة إلى الغير كان النظام يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر ، كالميراث والوصية والوقف والتصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية كالصلح والقسمة [1] .

وفى المرحلة الثالثة ، وهى المرحلة التي بدأت بصدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ ، بقيت نصوص هذا القانون معمولا بها فى شأن جميع المحررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بقانون تنظيم الشهر العقارى الذى سيأتى ذكره . وقد عالج هذا القانون بعض وجوه النقص فى نظام الشهر السابق عليه . فجعل التسجيل لازما فى نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضا فيما بين المتعاقدين . وأضاف إلى منطقة التسجيل العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير . وتناول دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع فى العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر فى هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب . ولكن قانون التسجيل لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيرا من عيوب نظام الشهر السابق عليه . فبقى النظام نظاما شخصيا وفقا للأسماء لا تبعا للعقار ، وبقى لا حجية له فى ذاته إذ العقد يشهر على علاته ، وبقيت جهات الشهر متعددة ، واقتصر التسجيل على العقود فيما بين الأحياء فلم يخضع له الميراث والوصية والوقف [2] .

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٤ – فقرة ٢٥٧ .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٨ – فقرة ٢٦١ .

وفى المرحلة الرابعة ، وهى المرحلة التى بدأت بصدور قانون تنظيم الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦ ، لا تزال نصوص هذا القانون معمولا بها حتى الآن ، ويخضع لها جميع المحررات الصادرة منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وإذ تقرر إلغاء الامتيازات الأجنبية فى سنة ١٩٤٩ ، ودخلت مصر فى مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ ، فقد تهيأ الجو لتوحيد جهات الشهر . وقد وحدها قانون الشهر العقارى فعلا فى جهة واحدة ، هى مكاتب الشهر العقارى ومأمورياتها المنتشرة فى المدن والأقاليم ، تحت إشراف مكتب رئيسى عام . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه ، وكان ذلك خطوة كبرى فى طريق إدخال نظام السجل العينى . وقد ضم قانون الشهر العقارى نظام تسجيل الحقوق العينية الأصلية ونظام قيد الحقوق العينية التبعية فى صعيد واحد ، فأصلح عيبا وقع فيه قانون التسجيل ، إذ فصل هذا القانون نظام التسجيل عن نظام القيد الذى بقى خاضعا لنظام التقنين المدنى القديم . واستقصى قانون الشهر العقارى المحررات الواجبة إخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كتلك التى تركها قانون التسجيل ، وخضع للشهر الميراث والوصية والوقف ودعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية كذلك خضع للشهر القرارات الإدارية الناقلة للملك ، كمراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة ومراسيم تقسيم الأراضى الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وقرارات ردم البرك والمستنقعات والإذن باحياء الأرض الموات . وحافظ قانون الشهر العقارى على وجوه الاصلاح التى حققها قانون التسجيل ، فجعل التسجيل فى التصرفات المنشئة ضروريا لنقل الحق العينى لا فى حق الغير فحسب بل أيضا فيما بين المتعاقدين ، وأخضع للتسجيل العقود الكاشفة ، وفرض إجراءات دقيقة للتحرى عن صحة المحررات بل إنه قد سار فى هذا الطريق شوطا أبعد من قانون التسجيل . على أن هناك عيبين جوهريين باقيين فى نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقارى معالجتهما . فلا يزال النظام نظاما شخصيا بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة فى ذاته . وما كان قانون تنظيم الشهر

العقارى يستطيع معالجة هذين العيبين ، فان العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العينى [١] .

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بادخال نظام السجل العينى . ولكن هذا النظام ، بالرغم من صدور قانون به ، لم يعمل به حتى اليوم . ذلك أن المادة ٢ من قانون إصداره تنص على ما يأتى : « ١ — يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات فى السجل العينى . ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان على أن يكون هذا التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . ٢ — ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العينى فيها طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . ولما كان لم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العينى ، فانه لا يمكن القول إن هذا النظام قد أدخل فعلا فى مصر . وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون الإصدار كما رأينا بأنه حتى يصدر قرار من وزير العدل بتعيين أقسام مساحية لإدخالها فى نظام السجل العينى يبقى قانون تنظيم الشهر العقارى معمولا به فى كل قسم لم يدخل فى هذا النظام . ومعنى ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد دون استثناء . وتنص المادة ٣ من قانون الإصدار على أنه « فى الفترة المشار إليها فى المادة السابقة تستكمل المصلحة إعداد السجل العينى للقسم المساحى على الوجه المبين بالقانون المرافق » . ففى الفترة التى يجب أن تفصل ما بين صدور القرار الوزارى بادخال قسم مساحى فى نظام السجل العينى وإدخال هذا النظام فعلا فيه ، تستكمل مصلحة الشهر العقارى إعداد القسم المساحى الذى صدر به القرار الوزارى ليكون

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ — فقرة ٢٦٥ . وانظر فى أن العقد المسجل يرتب جميع الآثار التى يرتبها العقد غير المسجل ، وفى أنه يزيد عليه فى أنه ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٨ — فقرة ٢٧٩ — وفى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين وهل للتسجيل أثر رجعى : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ — فقرة ٢٨٦ — وفى نقل الملكية بالنسبة إلى الغير وهل يشترط حسن النية فى المشترى الذى سجل عقده أولا : الوسيط فقرة ٢٨٧ — فقرة ٢٩٠ .

صالحا لنظام السجل العينى . ويظهر أنه لا يوجد حتى الآن قسم مساحى فى مصر يمكن إعداده لنظام السجل العينى ، لعدم توافر الإمكانيات المالية والمادية . وتنص المادة ٤ من قانون الإصدار على أنه « يصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل » . ولم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بهذه اللائحة التنفيذية (١) .

ولما كان قانون تنظيم الشهر العقارى هو كما قدمنا القانون المعمول به حتى الآن فى جميع أنحاء البلاد ، ويقدر أن يبقى معمولا به زمنا طويلا حتى

---

(١) وهذا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون السجل العينى فى تقدير هذا النظام : « ويعتبر السجل العينى ثورة فى نظم الشهر ، إذ يترتب على تطبيقه تغيير جذرى فى أنظمة التسجيل القائمة . ومن هنا فان هذا النظام كان أمنية ينشدها كل مشتغل بالقانون أو بأنظمة التسجيل . وظلت هذه الأمنية تراودهم مدة ستين عاماً منذ انعقدت أول لجنة فى سنة ١٩٠٤ لتعديل نظام التسجيل فى مصر . وكانت مذكرات اللجان المتعاقبة تزخر بمزايا هذا النظام مناشدة الحكومات المختلفة قبل الثورة العمل على تطبيقه ، إلى أن قدر له أن يرى النور أخيرا على يد حكومة الثورة بعد هذه الأحقاب الطويلة » !

وينقسم قانون السجل العينى إلى أبواب ستة : (١) الباب الأول فى أحكام عامة ، تعرف السجل العينى وتنظم مكاتبه ومأمورياته ، وتخصص سجلا عينياً لكل قسم مساحى ، وتقرر فى هذا السجل صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، وتقرر أن الرسوم تخضع للقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقارى . (٢) الباب الثانى ، ويقرر القواعد التى تتبع فى إثبات الحقوق فى صحائف السجل لأول مرة ، ويشكل لجنة قضائية فى كل قسم مساحى تنظر فى الدعاوى والطلبات التى ترفع فى خلال السنة الأولى بعد العمل بالقانون لإجراء تغيير فى بيانات السجل العينى . (٣) الباب الثالث ، ويبين التصرفات والحقوق الواجب قيدها فى السجل ، ويقرر أن للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ويورد إجراءات التغيير والتصحيح فى بيانات السجل ، ويرسم الإجراءات الواجبة الاتباع للقيد فى السجل . (٤) الأبواب الرابع والخامس والسادس : يقرر الباب الرابع تسليم كل مالك « سند الملكية » ، وتسليم غير الملاك من ذوى الشأن بناء على طلبهم شهادات بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العينى . ويجعل الباب الخامس علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة ، ويوجب الإخطار برخص البناء والهدم وبربط العوائد المستجدة ، كما يوجب على السلطات المختصة أن تقدم البيانات والأوراق المطلوبة . ويفرض الباب السادس عقوبة الحبس والغرامة إلى خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين على من يتوصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير مع علمه بذلك ، كما يعاقب بغرامة من جنيه إلى عشرة جنيهات على عدم الإخطار برخص البناء والهدم وبربط العوائد المستجدة أو عدم تقديم السلطات المختصة للبيانات والأوراق المطلوبة .

بتيسر إدخال نظام السجل العينى تدريجيا وعلى فترات متعاقبة بالقدر المستطاع (١) ، فاننا نتولى بحث قانون تنظيم الشهر العقارى (٢) ، مقارنين إياه بقانون السجل العينى حتى تتبين أهم الفروق ما بين القانونين (٣) . ونقسم الكلام فى ذلك على مبحثين : (١) المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر . (٢) إجراءات الشهر .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وجدير بالذكر أن نظام السجل العينى لن يطبق دفعة واحدة على كافة أنحاء الجمهورية ، بل سيجرى تطبيقه تباعاً فى كل منطقة من المناطق التى يتم مسحها . فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة ، أمكن تطبيق هذا النظام عليها . وسوف يراعى قبل إجراء القيد الأول فى السجل فحص المستندات فحصاً دقيقاً ، ومناقشة أصحاب الحقوق ، وإجراء النشر اللازم فى الصحف والجهات الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام ، وتمكين ذوى الشأن من إبداء اعتراضاتهم أمام لجنة قضائية. وبذلك لا يقيد فى السجل إلا صاحب الحق » .

(٢) وهناك مشروع لقانون تنظيم الشهر العقارى والتوثيق أعدته وزارة العدل ليحل محل قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق . وقد استهدف هذا المشروع بوجه خاص : (أ) معالجة العيوب التى أسفر عنها التطبيق العملى لهذين القانونين واستكمال أوجه النقص فيهما . (ب) وضع القواعد الكفيلة بحماية صغار الملاك وبامكان حصر الملكيات والتشجيع على شهر المحررات العرفية . (جـ) تبسيط الإجراءات . (د) إقرار ما كانت مصلحة الشهر العقارى والتوثيق تقوم به من إجراءات اقتضتها الضرورة العملية إقراراً تشريعياً . (هـ) تنسيق أحكام قانون الشهر العقارى بما يتلاءم مع أحكام قانون السجل العينى ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العينى .

وسنتناول فى الحاشية أهم الأحكام التى جاء بها هذا المشروع معدلا لأحكام قانون الشهر العقارى ، وذلك فى المواضع التى يعدل فيها المشروع أحكام هذا القانون .

(٣) وتلخص المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العينى مزايا نظام السجل العينى إذا تم إدخاله فى مصر ، وهى التى تمثل أهم الفروق ما بين القانونين ، فيما يأتى : « ١ - تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان فى السجل يصبح هذا البيان ممثلا للحقيقة ونقياً من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن المنصوص عليها فى المشروع أو الفصل نهائيا فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة Force probante للقيد فى السجل العينى . ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كمالك للعقار فى حماية من كل دعوى غير ظاهرة فى السجل ، مما يقتضى أن يؤشر بالدعاوى التى ترفع ضد البيانات المدرجة فى السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه . ٢ - حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، فى مواجهة =

المبحث الأول

المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر

١٢٩ – المحررات الواجب شهرها : يمكن حصر المحررات الواجب شهرها . وفقاً لقانون الشهر العقارى ، فيما يأتى :

= الحقوق المقيدة بالسجل . فمن أثبت اسمه فى السجل كمالك للعقار يصبح فى مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر فى ظل القانون القائم ، نص المشروع على طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلا بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع – ٣ . تطبيق مبدأ المشروعية (Legalité) فى السجل العينى : ومعناه إجراء المراجعة السابقة لكافة السندات التى يجرى القيد فى السجل بمقتضاها حتى لا يقيد فى السجل إلا الحقوق المشروعة فعلا ، وحتى لا يستفيد من الشهر الإدعاءات المشكوك فيها . ويؤدى ذلك حتماً إلى استقرار الملكية استقراراً تاماً وانعدام المنازعات أمام المحاكم فى شأنها ، مما يخفف العبء عن الأهالى وعن المحاكم بشكل ملموس – ٤ . يكفل النظام الجديد تبسيط عملية الشهر وسرعتها والتناسق فيها ، مع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها . كذلك يقضى هذا النظام على المساوىء المترتبة على تشابه الأسماء ، وييسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سليمة وعادلة – ٥ . ضماناً لاستقرار الملكية والحقوق العينية ، نص المشروع على عقوبة جنائية لكل من يتوصل إلى قيد محرره فى السجل لسلب عقار مملوك لغيره ، أو ترتيب حق عينى عليه ، مع علمه بذلك » .

ومن البلاد التى أخذت بنظام السجل العينى أستراليا (نظام تورنس) وألمانيا وسويسرا والنمسا والسويد وأسبانيا والبرتغال وانجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا والعراق وسورية ولبنان وتونس ومدغشقر والكنجو والسنجال . ولكن لا يزال كثير من البلاد المتقدمة ، ومنها فرنسا وبلجيكا وهولندا وإيطاليا ، يأخذ بنظام الشهر الشخصى ، إذ لم تستطع هذه البلاد حتى الآن تذليل الصعوبات التى يقتضى تذليلها إدخال نظام السجل العينى . وهذه هى بعض خصائص نظم السجل العينى فى البلاد المختلفة التى أخذت بهذه النظم ، وهى تختلف من بلد إلى آخر :

النظام الاسترالى (تورنس) : يطبق هذا النظام مبدأ القوة المطلقة للقيد بشدة أكثر مما يطبقه به أى نظام آخر . فالنظام الألمانى مثلا يستثنى من هذا المبدأ حالة الغير سىء النية ، ولكن القوانين الاسترالية تمنع ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، جميع دعاوى الطعن فى حق الملكية الثابتة بالشهادة السندية ، سواء كانت دعاوى إلغاء أو رجوع أو فسخ ، ولا تستثنى إلا ثلاثة أنواع من الدعاوى : (١) دعوى الطعن فى صحة القيد الذى تم بطريق الغش ، متى =

أولا – التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهية لحق عيني عقاري أصلي ، والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك (م ٩ من قانون الشهر العقاري) .

= رفعت الدعوى ضد الشخص الذي تم لصالحه القيد . (٢) دعوى تصحيح الخطأ في التحديد. (٣) الدعوى المرفوعة ممن يحمل شهادة سندية سابقة لها نفس المنزلة . وفيما عدا ذلك تكون الشهادة السندية التي يسلمها المسجل العام بمنأى عن أي طعن ، وهي في ضمان الدولة . فاذا فرض أن صدر شهادة سندية لشخص بدون وجه حق ، فللمالك أن يرفع دعوى تعويض على الدولة . ولمواجهة هذه الدعاوى أنشأ القانون الاسترالي صندوقاً للتأمين ، يمول بواسطة رسم نسبي قدره نصف بنس لكل جنيه ($\frac{1}{5}$ ٪) من قيمة كل عقار يقيد . وقانون الملكية العقارية الاسترالي (نظام تورنس) هو من أحسن القوانين المعاصرة التي تفي بالمطالب النظرية والعلمية لنظام متقن للشهر ، ويدل على ذلك تطبيقه في عدد كبير من الدول ، منها انجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وتونس وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا .

القانون الألماني : تنتقل ملكية العقار في هذا القانون بالاتفاق بين المتصرف والمتصرف إليه (م ٨٧٣ مدني ألماني) ، ويستلزم ذلك حضور الطرفين أمام المكتب العقاري للتعبير عن إرادتين متقابلتين ، إحداهما بالتصرف في الحق والأخرى بكسب الحق . وأمين المكتب ، وهو قاض يختار من بين قضاة المحكمة الابتدائية ولقراراته خصائص أحكام محكمة الدرجة الأولى ، هو الذي يعطي السند المتضمن لهذا الاتفاق . ثم يتكفل بعد ذلك بتنفاذه ، بالإشراف على قيده في السجلات العامة . والتصرف الذي لا يتم على هذه الصورة يكون باطلا ، ولا أثر له . وتقضي المادة ٩٢٧ مدني ألماني بأن العقار الذي يبقى مدة ثلاثين سنة في حيازة الغير ، يمكن تقرير سقوط حق المالك عنه عن طريق رفع دعوى . وإذا كان المالك مقيداً في السجل ، فان الدعوى لا تقبل إلا إذا كان قد توفي أو كان غائبا ولم يجر أي قيد بموافقته في السجل منذ ثلاثين سنة .

القانون السويسري : يقضي القانون السويسري بأن كل من يكسب الملكية أو أي حق عيني آخر يحتج به استنادا أي قيد في السجل العيني ، يبقى حقه قائما . ولكن إذا تم قيد الحق دون مسوغ ، بأن أجري دون وجه حق أو بموجب تصرف قانوني غير ملزم ، جاز لمن أضر القيد بحقه أن يدعي مباشرة ضد الغير سيء النية بعدم صحة القيد . ويجيز القانون السويسري كسب ملكية العقار بالتقادم في حالات ثلاث : (١) إذا قيد شخص في السجل كمالك للعقار ، وكان ذلك القيد قد تم بدون سبب مشروع . ويشترط في هذه الحالة أن يستمر الشخص واضعاً يده على العقار بحسن نية وبهدوء ودون انقطاع لمدة عشر سنوات . (٢) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار مدة ثلاثين سنة ، بهدوء ودون انقطاع ، بشرط أن يطلب قيده باسمه كمالك . (٣) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار غير مبين مالكه في السجل ولكنه توفي أو أعلن غيابه ، على أن يستمر واضعا يده ثلاثين سنة . ويشترط في هذه الحالة تمام قيد العقار باسم واضع اليد صدور أمر من القاضي ، وعدم حصول اعتراض على ذلك في خلال المدة التي تحددها المحكمة أو رفض الاعتراضات التي قدمت .

ثانيا – التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عيني أصلي (م ١٠ من قانون الشهر العقاري) .

ثالثا – حق الإرث ومصادره واقعة مادية هي وفاة المورث ، والمحررات المثبتة لدين عاذى على المورث (م ١٣ – ١٤ من قانون الشهر العقارى) .

رابعا – دعاوى الطعن فى التصرف واجب الشهر ودعاوى استحقاق حق عيني عقارى أصلي ودعاوى صحة التعاقد (م ١٥ – ١٨ من قانون الشهر العقارى) .

خامسا – التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية (م ١٢ وم ١٩ من قانون الشهر العقارى) .

سادسا – بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية هي الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما (م ١١ من قانون الشهر العقارى).

ونستبعد من بحثنا هذا :

أولا – حق الإرث والمحررات المثبتة لدين على المورث ، فقد سبق أن بحثنا شهر حق الإرث وفقا لقانون الشهر العقارى[1] ، ووفقا لقانون السجل العينى [2] ، كما بحثنا شهر الديون التى على المورث [3] .

القانون السورى : أورد المشرع السورى استثناءات على القوة المطلقة للقيد :

(١) لا يجوز للغير الذى يكسب حقا على العقار أن يحتج بالقيد ، إذا كان وقت كسبه الحق عالما بأسباب فساد التصرف أو بطلانه . (٢) لصاحب الحق الحقيقى المتضرر أن يرفع دعوى تعويض ضد الشخص الذى قيد العقار باسمه وكان عالما بأنه لا حق له فيه . (٣) إذا أجرى القيد نتيجة خطأ أو إهمال من الموظفين المختصين ، جاز لمن أصابه ضرر بسبب ذلك أن يرفع دعوى تعويض ضد الدولة وفقا لقواعد المسئولية الإدارية – ولا يسرى التقادم المكسب فى مواجهة المالك المقيد حقه فى السجل .

القانون العراقى : يجوز الحكم بخلاف مضمون سند الطابو إذا ثبتت دعوى الاستحقاق ، فيصدر حكم بإبطال سند الطابو الذى بيد المدعى عليه وتصحيح قيد الطابو باسم المستحق وإعطائه سنداً جديداً . والأصل أن التقادم لا يسرى فى مواجهة المالك المقيد ، ومع ذلك يجوز لواضع اليد على العقار أن يكسب ملكيته بطريق التقادم إذا تمكن من قيده باسمه وكان يستند فى وضع يده إلى سبب صحيح كالإرث والوصية والبيع ، على أن تبدأ مدة التقادم اعتباراً من تاريخ القيد .

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٨ – فقرة ٧٠ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٧١ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٤ – فقرة ٣٩ .

ثانيا – التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية ، إذ أن بحثها يكون عند الكلام فى التأمينات العينية فى الجزء العاشر من الوسيط .

ثالثا – بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية ، أى الإيجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، فهذه قد سبق بحثها عند الكلام فى عقد الإيجار فى الجزء السادس من الوسيط .

ويبقى إذن للبحث هنا :

أولا – التصرفات والأحكام المتعلقة بانشاء حق عينى عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله .

ثانيا – التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عينى أصلى .

ثالثا – الدعاوى الخاضعة للشهر .

المطلب الأول

التصرفات والأحكام المتعلقة بانشاء حق عينى عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله

§ ١ – التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٠ – العقود الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية » [1] . ويخضع هذا النص للتسجيل ، لا العقود فحسب ، بل أيضا التصرفات الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية .

فالعقود الواجبة التسجيل بموجب هذا النص هى :

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ٧ / ١ من المشروع) .

ويطابق النص فى قانون السجل العينى المادة ٢٦ / ١ من هذا القانون .

(١) العقود المنشئة لحق عينى عقارى أصلى . مثال ذلك عقد ينشىء حق انتفاع أو حق استعمال على عقار ، أو حق سكنى ، أو حق ارتفاق . أو حق حكر . أما حق الملكية فلا ينشئه العقد ، لأن الإنشاء معناه الإيجاد . والملكية لا توجد ابتداء إلا بالاستيلاء . والاستيلاء ليس بعقد ولا هو بتصرف قانونى . وانما هو واقعة مختلطة . اختلطت فيه الحيازة المادية وهى عنصر مادى بارادة المستولى فى أن يتملك فى الحال وهى عنصر ارادى ، ولكن العنصر المادى هو المتغلب ، ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية (١) . وعلى ذلك لا يعتبر الاستيلاء تصرفا قانونيا ، ولا يكون واجب التسجيل .

(٢) العقود الناقلة لحق عينى عقارى أصلى . وعلى رأس هذه الحقوق العينية العقارية الأصلية التى ينقلها العقد حق الملكية فى العقار ، وعلى رأس العقود الناقلة للملكية عقد البيع . ومن ثم كان عقد بيع العقار هو الذى يؤخذ عادة نموذجا للعقود واجبة التسجيل ، وما يسرى عليه فى هذا الشأن يسرى على سائر العقود الناقلة للملكية وللحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى . ومن العقود الناقلة لحق الملكية فى العقار ، إلى جانب البيع ، ومن ثم يجب تسجيلها . المقايضة فى العقار ، والوفاء بمقابل إذا كان هذا المقابل عقارا ، وهبة العقار ، والشركة إذا قدم الشريك عقارا حصة له فى الشركة . وقد ينقل العقد حقا عينيا عقاريا أصليا آخر غير حق الملكية ، فيجب تسجيله . من ذلك أن يبيع المنتفع حق انتفاعه فى العقار ، أو يهب هذا الحق ، أو يقدمه حصة فى شركة ، أو يقدمه مقابلا لوفاء دين . ومايقال عن حق الانتفاع يقال عن حق الارتفاق ، فيبيع مالك العقار حق ارتفاق مقررا لمصلحة عقاره تبعا لبيع هذا العقار ، أو يهب هذا الحق مع العقار ، أو يقدمه مع العقار حصة فى شركة ، أو يقدمه مع العقار مقابلا لوفاء دين .

(٣) العقود المغيرة لحق عينى عقارى أصلى . ويمكن التمثيل لعقد مغير لحق الملكية على عقار . بعقد يجعل هذه الملكية قابلة للتصرف فيها بعد أن كانت مقترنة بالشرط المانع من التصرف . وبعقد ملكية الأسرة . كذلك

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١ .

يمكن التمثيل لعقد مغير لحق الانتفاع على عقار لمدة معينة ، بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها . ويمكن التمثيل أيضا لعقد مغير لحق الارتفاق ، بعقد يزيد فى مدى هذا الحق أو ينتقص من مداه . فهذه العقود جميعا عقود مغيرة لحق عينى عقاري أصلى ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل .

(٤) العقود المزيلة أو المنهية لحق عينى عقارى أصلى . مثل ذلك عقد ينهى حق الانتفاع فى عقار قبل انقضاء مدته ، أو عقد ينهى حق الاستعمال فى عقار أو حق السكنى قبل انقضاء مدة الحق وكان كل من الحقين معقودا لمدة معينة ، أو عقد ينهى حق ارتفاق ولم تكن له مدة محددة . هذه العقود جميعا عقود مزيلة لحق عينى عقارى أصلى ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل . ويلاحظ أن حق الملكية حق أبدى ، فلا يزول ما دام الشىء المملوك باقيا ، ومن ثم لا يتصور إبرام عقد ينهى حق الملكية .

١٣١ — التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر : ولم يقتصر قانون الشهر العقارى ، فى الإخضاع للتسجيل ، على العقود كما اقتصر قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، بل جاوز العقود إلى التصرفات الصادرة من جانب واحد . وقد قصد بذلك أن يعالج عيبا فى قانون التسجيل كان ملحوظا ، إذ أدخل فى حظيرة التسجيل تصرفين قانونيين صادرين من جانب واحد لم يكونا داخلين من قبل . وقد نص عليهما صراحة ، وهما الوقف والوصية ، فى المادة ٩/١ منه كما رأينا . وكانا يدخلان دون نص فى عموم لفظ « التصرفات » ، ولكن المشرع أراد أن يؤكد وجوب تسجيلهما بالنص الصريح . وكذلك يدخل فى عموم لفظ « التصرفات » إنشاء المؤسسة ، والتصرفات الإدارية التى من شأنها إنشاء حق عينى أصلى أو نقله . فيخضع إذن للتسجيل التصرفات الآتية :

(١) الوقف : وهو تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو الواقف ، ومن شأنه أن يغير من ملكية العقار الموقوف ، ويجعل هذا العقار غير مملوك لأحد من العباد ، وينشىء حقوقا عينية فيه للمستحقين ، ويجعله خاضعا لنظام خاص تقرر الشريعة الإسلامية قواعده فى كثير من التفصيل . وقد كان الوقف لا يسجل إلا فى المحاكم الشرعية قبل نفاذ قانون الشهر العقارى ،

ومنذ نفاذ هذا القانون أصبح واجب التسجيل فى مكاتب الشهر العقارى لأنه يدخل فى عموم التصرفات الواقعة على عقار ، وبصريح النص كما سبق القول . وقد قلت أهمية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى ، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيرى وهو واجب التسجيل فى مكاتب الشهر العقارى .

(٢) الوصية : وهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد من الموصى ، فاذا وقعت على عقار نقلت ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له بعد موت الموصى . وقد كان قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ يخرج الوصية بالذات من منطقة التسجيل ، لأن هذا القانون كان لا يخضع للتسجيل إلا العقود فيما بين الأحياء ، والوصية ليست بعقد ، وهى فوق ذلك تكسب الملكية بسبب الوفاة . فصحح قانون الشهر العقارى هذا العيب ، واستعمل لفظ « التصرفات » بدلا من عبارة « العقود فيما بين الأحياء » ، فدخلت الوصية فى عموم لفظ التصرفات ، إلى جانب النص عليها صراحة كما سبق القول . ومن ثم يجب تسجيل الوصية إذا وقعت على عقار ، وقد بسطنا فيما تقدم كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون الشهر العقارى وطبقا لقانون السجل العينى (١) .

(٣) إنشاء المؤسسة : وتنص المادة ٦٩ مدنى على أن « المؤسسة شخص إعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى أى ربح مادى » . وتنص المادة ٧٠/١ مدنى على أن « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية » . ويتبين من هذه النصوص أن إنشاء المؤسسة تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، ينقل ملكية المال من مالكه منشىء المؤسسة إلى المؤسسة ذاتها وهى شخص اعتبارى . فاذا كان المال عقارا ، كان إنشاء المؤسسة تصرفا قانونيا ناقلا للملكية ، ومن ثم يدخل فى عموم « التصرفات » الناقلة للملكية ، ويكون واجب التسجيل . ويستوى فى ذلك أن يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى فى حال الحياة لما قدمناه ،

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٨٥ – فقرة ٨٨ .

أو يكون بوصية لما قدمناه ولأن الوصية بعقار يجب تسجيلها كما سبق القول .

(٤) التصرفات الإدارية : ونذكر من هذه التصرفات قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة وقرارات تقسيم الأراضي وقرارات ردم البرك والمستنقعات وقرارات طرح البحر وأكله (١) .

ففيما يتعلق بقرارات نزع الملكية . رأينا (٢) أن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يقضى بوجوب اتباع إجراءات معينة كنزع ملكية العقار للمنفعة العامة أو للتحسين . فيصدر قرار من الوزير المختص ببيان المشروع المطلوب إعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين . وتحصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها . وتعد المصلحة القائمة بنزع الملكية كشوفا من واقع عملية الحصر تبين فيها العقارات التي تم حصرها . وتعرض هذه الكشوف . فاذا لم تقدم اعتراضات عليها أصبحت نهائية . ويوقع أصحاب هذه العقارات نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أما إذا قدمت اعتراضات . أو تعذر لأى سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية ، أصدر الوزير المختص قرارا بنزع ملكية العقارات . وتودع النماذج أو القرار الوزارى الصادر بنزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى . ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة فيها جميع

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر فى خصوص هذه التصرفات الإدارية أنها التصرفات التى تتناول حقوقا عينية عقارية كمراسيم نزع الملكية والإذن الذى تعطيه الحكومة فى إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر عملا بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ . وفى خصوص الإذن الذى تعطيه الحكومة فى إحياء الأرض الموات كان القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضى الصحراوية يقضى بحظر تملك هذه الأراضى (إلا فى مناطق معينة لا يشملها الحظر تحدد بقرار وزير الحربية) إلا باذن يصدر من وزير الحربية . وهذا الإذن كان واجب التسجيل . ثم ألغى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ويقضى هذا القانون الأخير بأن تكون الأراضى الصحراوية ملكا خاصا للدولة ، ويتملكها الأفراد لاستصلاحها بطريق الشراء ممارسة من الدولة (أنظر آنفا فقرة ١٨) . وبديهى أن عقد البيع الصادر من الدولة بتمليك أحد الأفراد أرضا صحراوية يجب تسجيله ، شأنه فى ذلك شأن عقود البيع .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٠ .

الآثار المترتبة على شهر عقد البيع . فتنتقل العقارات من ملكية أصحابها الخاصة إلى الملكية العامة . ونرى من ذلك أن القرار الوزارى الصادر بنزع الملكية . وهو قرار إدارى ناقل للملكية ، يجب شهره بطريق إيداعه فى مكتب الشهر العقارى .

وفيما يتعلق بقرارات تقسيم الأراضى . يقضى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضى المعدة للبناء بأن يقدم صاحب الأرض المراد تقسيمها مشروعا بالتقسيم . يترك فيه المسافات اللازمة للشوارع والميادين والحدائق والمتنزهات ، ويصدر بهذا المشروع مرسوم (قرار جمهورى) ينشر فى الجريدة الرسمية . ويجب تسجيل قرار التقسيم فى مكتب الشهر العقارى ، ويمر بمراحل الشهر التمهيدية . وترفق به خريطة يبين فيها التقسيم وما يتضمنه من منافع ، ويودع معه صورة من قائمة شروط بيع أجزاء الأرض المقسمة . ولا تعتبر الشوارع والميادين والمرافق الأخرى داخلة فى أملاك الدولة العامة إلا من تاريخ تسجيل قرار التقسيم . وهنا نرى أيضا قرارا إداريا ، وهو القرار الصادر بمشروع التقسيم . واجب التسجيل ، لأنه ينقل ملكية أجزاء من الأرض المقسمة — الميادين والشوارع والمرافق الأخرى — إلى أملاك الدولة العامة .

وفيما يتعلق بقرارات ردم البرك والمستنقعات ، خول القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٦ الخاص بردم البرك والمستنقعات ومنع إحداث الحفر وزارة الصحة والمجالس البلدية والإقليمية الحق فى استصدار قرارات بنزع ملكية البرك والمستنقعات لتباشر ردمها أو تجفيفها ، وهذه القرارات بنزع الملكية ، وهى قرارات إدارية ، خاضعة للشهر بطريق التسجيل . وقد أجاز القانون المذكور للمالك المنزوعة ملكيته استرداد هذه الملكية ، فى مقابل الوفاء بتكاليف الردم أو التجفيف ورد الثمن الذى يكون قد قبضه ، ويسقط هذا الحق إذا لم يستعمل فى ميعاد لا يجاوز سنة من تاريخ إتمام الردم أو التجفيف . ويتم الاسترداد إما بعقد أو بقرار وزارى ، ويجب شهر العقد أو القرار الوزارى بطريق التسجيل دون رسم نسبى حتى ترد الملكية لصاحبها السابق .

وفيما يتعلق بقرارات طرح النهر ، كان القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ يقضي بتوزيع الطرح على مستحقيه من أصحاب أكل النهر على مقتضى قواعد معينة . ويكون التوزيع بقرار يصدره وزير المالية والاقتصاد ، ولهذا القرار الإدارى قوة الورقة الرسمية . ويجب تسجيله دون رسم نسبي . ويؤشر به بعد تسجيله فى تكليف المالك الذى صدر القرار لصالحه . وقد قدمنا [1] أن هذا القانون قد ألغاه القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ ، وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . ومنذ صدور قانون سنة ١٩٥٧ استحدثت قاعدة جديدة هى تعويض أصحاب الأكل تعويضا نقديا لا تعويضا عينيا ، ويباع طرح النهر لصغار المزارعين على الوجه المبين فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ [2] . وبموجب هذا القانون الأخير المعمول به الآن تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكله فى كل سنة ؛ ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أو من ينيبه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقدارة سنويا . ويودع هذا القرار فى مكتب الشهر العقارى المختص بغير رسوم ، ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية .

١٣٢ ـ الأحكام المنشئة الواجبة الشهر : رأينا [3] أن المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل « الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك » ، أى لشىء من « التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله » . وإذا فهمنا النص على هذا النحو ، كانت الأحكام المثبتة لتصرف من التصرفات المشار إليها هى الأحكام الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد [4] . فالأحكام المثبتة للعقود

(١) أنظر آنفا فقرة ٩٥ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٩٥ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٠ .

(٤) أنظر فى هذا المعنى حامد فهمى فى بحثه فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى (ص ٧ ـ ص ٦٣) فقرة ٣٣ ـ محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨١ .

المنشئة لحق عينى عقارى أصلى ؛ كإنشاء حق انتفاع أو استعمال على عقار أو إنشاء حق سكنى أو حق ارتفاق أو حق حكر ، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بإنشاء هذه الحقوق . والأحكام المثبتة للعقود الناقلة لحق عينى عقارى أصلى ، كنقل حق الملكية أو حق الانتفاع ، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بنقل هذه الحقوق ، وعلى رأسها دعوى إثبات صحة التعاقد فى بيع العقار وهى الدعوى التى تقصد عادة إذا أطلقت عبارة « دعوى صحة التعاقد » . وكذلك قل عن الأحكام المثبتة للعقود المغيرة لحق عينى عقارى أصلى ، والأحكام المثبتة للعقود المزيلة أو المنهية لحق عينى عقارى أصلى [1] . ومن ثم تكون كل هذه الأحكام النهائية واجبة التسجيل بموجب نص المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى .

ولكن قد يعترض على هذا الفهم بأن قانون الشهر العقارى قد خص « دعاوى صحة التعاقد » بالذكر ، ولم يذكرها فى المادة ١/٩ منه ، بل ذكرها فى المادة ٢/١٥ ضمن الدعاوى الواجبة التسجيل . وهذا الاعتراض لا يؤثر فى وجوب شهر الأحكام النهائية الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد ، وإنما تكون هذه الأحكام واجبة الشهر بموجب المادتين ١٥ و ١٦ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون ، ولكنها تكون واجبة الشهر على كل حال . ويبقى بعد ذلك ، إذا اعتددنا بهذا الاعتراض ، أن نحدد ماهى الأحكام النهائية الواجبة التسجيل بموجب المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى . ولما كانت هذه المادة مأخوذة من المادة الأولى من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فإن الرجوع إلى المادة الأولى سالفة الذكر ، وهى تقول « الأحكام النهائية التى يترتب عليها شىء من ذلك » ، يبين أن المقصود هو الأحكام النهائية التى يترتب عليها إنشاء حق عينى عقارى أو نقله أو تغييره أو زواله . ولا يوجد حكم ينشىء حقا عينيا عقاريا أو يغيره أو يزيله ، لأن الأحكام هى فى الأصل مقررة للحقوق لا منشئة ولا مغيرة

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٠ .

ولا مزيلة . ولكن توجد أحكام تنقل حق الملكية ، فهى من ناحية تعتبر أحكاما منشئة لا أحكاما مقررة . ومن هذه الأحكام أحكام مرسى المزاد ، ومنها أيضا الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة على الرأى الذى أخذت به محكمة النقض .

فأحكام مرسى المزاد فى العقار تصدر عقب انتهاء المزايدة لأول مرة ، أو عقب زيادة العشر ، أو عند إعادة البيع على مسئولية المشترى المتخلف ، وذلك طبقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات . وفى جميع الأحوال يصدر حكم مرسى المزاد بديباجة الأحكام ، ويشتمل منطوقه على أمر للمدين أو للحائز بتسليم العقار للراسى عليه المزاد (م ٦٨٥ مرافعات) . ويقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل حكم مرسى المزاد خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره ، ويكون الحكم المسجل سندا بملكية من رسا عليه المزاد (م ٦٨٧ مرافعات) . ومع ذلك لا يكون حكم مرسى المزاد ناقلا للملكية ، ولكنه يعتبر كاشفا عنها ، فى حالتين : (١) إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لا بيعا فيكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى القسمة فى الجزء الثامن من الوسيط . ويجب على كل حال تسجيل الحكم بمرسى المزاد هنا ، ولكن التسجيل يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . (٢) إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار ، فإن الحائز الذى رسا عليه المزاد فى هذه الحالة يكون مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى ، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن هذه الملكية لا ناقلا لها . وتنص المادة ١٠٧٥ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا نزعت ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة » . وهذا لا يعنى حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة من الشهر ، ولكن الشهر يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ،

لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . والشهر هنا لا يكون بالتسجيل ، وإنما يكون بالتأشير بحكم مرسى المزاد فى هامش تسجيل السند الذى تملك الحائز بموجبه العقار أصلا وفى هامش تسجيل إنذار الحائز . وتنص المادة ٦٨٨ مرافعات فى هذا المعنى على أنه « إذا رسا مزاد العقار على الحائز ، لا يكون تسجيل حكم مرسى المزاد واجبا ، ويؤشر بالحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا ، وفى هامش تسجيل إنذار الحائز » .

أما الحكم الذى يصدر بثبوت الشفعة ، فقد نصت المادة ٩٤٤ مدنى فى خصوصه على ما يأتى : « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (١) . وليس هناك شك فى أن الحكم النهائى بثبوت الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع ، ولكن يقوم الشك فى تحديد وقت انتقال الملكية ، وفيما إذا كان هذا الحكم بثبوت الشفعة ناقلا للملك أو كاشفا عنه . وسنعرض لهذه المسألة عند الكلام فى الشفعة (٢) ، ويكفى هنا أن نقرر أن الرأى الذى استقر فى القضاء هو أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم ناقل للملك ، ومن ثم يجب تسجيله طبقا لأحكام المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى (٣) .

---

(١) وكذلك يجب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة حتى يكون حجة على الغير ، بصريح نص المادة ١/٩٤٢ مدنى إذ تقول : « . . . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل » .

(٢) أنظر مايلى فقرة ٢٢٦ – فقرة ٢٣١ .

(٣) محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ – نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ – ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٢٥١ .

وسنرى عند الكلام فى الشفعة أنها سبب من أسباب كسب الملكية ، فمتى توافرت شروط الأخذ بالشفعة وأعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بها ، فقد حل محل المشترى فى البيع الصادر من البائع وأصبح هذا البيع صادراً له مباشرة ، فتنتقل إليه الملكية بحلوله محل المشترى وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة . فالحكم بثبوت الشفعة فى ذاته ليس إذن ناقلا للملك فى رأينا ، بل هو كاشف عن ثبوت الحق فى الشفعة . فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم ناقل كما تذهب محكمة النقض . ولا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف ، ناقلا كان هذا التصرف أو كاشفاً –

§ ٢ – ما يترتب على الشهر من أثر

أولا – التصرف أو الحكم قبل أنه يشهر :

١٣٣ – فى قانون الشهر العقارى : تنص الفقرتان ٢و٣ من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » (١) . ويفهم من هذا النص

= لأنه لايقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهى واقعة مركبة وليست تصرفا محضا كما سبق القول . وفى رأينا أنه كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقارى يقضى بوجوب تسجيل الحكم بالشفعة حتى تنتقل الملكية للشفيع ، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدنى إذ تقول كما رأينا : « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وقد ورد هذا النص الخاص فعلا فى قانون السجل العينى ، إذ تنص المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينيه ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » .

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ٧/١ من المشروع) . وأضيف فى آخره فقرة جديدة تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر الشهر على القدر الذى قضى له به . كما يجوز له قصر الشهر على العقارات المقضى له بها فى جهة معينة » . فإذا صدر حكم نهائى يثبت لشخص ملكية عقارات متعددة ، أو يثبت له مع آخرين ملكية عقار ، فانه يستطيع ، عند تسجيل هذا الحكم ، أن يقصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى جهة دون أخرى فيجزىء بذلك العقارات المقضى له بها ، أو يقصر التسجيل على القدر الذى قضى له به دون القدر الذى قضى به لآخرين معه فيجزىء بذلك الحكم الذى قضى لمصلحته ولمصلحة آخرين معه . والظاهر أن الغرض من هذه التجزئة هو التيسير على أصحاب الشأن ، حتى لا يلزموا بدفع رسوم الشهر كاملة عن جميع العقارات المقضى بها أوعن جميع العقار المقضى به لأشخاص متعددين . وهذا يماثل ماقضى به المشروع (وقانون الشهر العقارى الحالى) من جواز قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وماقضى به المشروع من قصر شهر الحكم النهائى بالقسمة أوبصحة التعاقد عليها على حصة أحد الشركاء كما سيجىء .

أن التصرف أو الحكم غير المسجل لا ينشىء ولا ينقل ولا يغير ولا يزيل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير وليس فى هذا جديد فقد كانت هذه هى القاعدة فى التقنين المدنى السابق ، ولا بين ذوى الشأن وهذا هو الجديد فقد كان التصرف أو الحكم غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق ينشىء أو ينقل أو يغير أو يزيل الحق العينى فيما بين ذوى الشأن . فتجريد التصرف أو الحكم غير المسجل من هذا الأثر فيما بين ذوى الشأن كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم . وتوخيا للإيجاز ، نمثل للتصرف أو الحكم الذى من شأنه أن ينشىء أو ينقل أو يغير أو يزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية ، بعقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار . فنقتصر من التصرفات والأحكام فى عمومها على عقد البيع ، ونقتصر من الآثار على النقل دون الإنشاء والتغيير والإزالة ، ونقتصر من الحقوق العينية العقارية الأصلية على حق الملكية دون الحقوق العينية الأخرى . وذلك لأن عقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار هو التصرف الذى يغلب وقوعه فى العمل ، ولأن الأحكام التى تسرى على عقد البيع فيما نحن بشأنه تسرى على جميع التصرفات الأخرى والأحكام التى من شأنها أن تنشىء أو تنقل أو تغير أو تزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية .

فالبيع غير المسجل إذن لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا حتى فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن المشترى لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يسجل (١) ، فلا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى

= هذا ويماثل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ قانون الشهر العقارى فيما سنورده من أحكام . وانظر فى أن الملكية فى التقنين المدنى السابق تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى تسجيل العقد وفى تفضيل المشترى من المورث على المشترى من الوارث : الوسيط ٤ فقرة ٢٦٨ ، وفى أن الملكية لا تنتقل إلى الغير إلا بالتسجيل : الوسيط ٤ فقرة ٢٦٩ .

(١) وعلى ذلك إذا رهن المشترى ، قبل أن يسجل عقد البيع ، العقار المبيع ، فإن الرهن يكون صادراً من غير مالك . وإذا فسخ البائع البيع لعدم استيفائه الثمن مثلا ، فإنه يسترده من المشترى خاليا من حق الرهن (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٥) .

استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العقار المبيع ، وان كان يستطيع كما سنرى أن يرفع دعوى بصحة التعاقد أو دعوى بصحة التوقيع . ويبقى البائع ما لكا للعقار المبيع [١] ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشترى ، وإذا سلمه لم يستطع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له لأنه ضامن لاستحقاقه . ويجرى هذا الحكم على وارث البائع ، فلا يجوز له أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشترى أو أن يسترده منه بعد أن سلمه إياه . ولكن إذا باع وارث البائع العقار لمشتر آخر ، فإنه يكون قد باع ما يملك لأن ملكية العقار تكون قد انتقلت إليه من مورثه ، فإذا سجل وارث البائع حق الإرث وسجل المشترى منه عقد شرائه ، فضل المشترى من وارث البائع على المشترى من المورث نفسه إذا سبق الأول الثانى فى التسجيل [٢] .

---

(١) ويترتب على ذلك أن دائن البائع يستطيع التنفيذ على العقار المبيع الذى لا يزال مملوكا لمدينه ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ فى حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى البيع (أنظر ٦١٦ مرافعات) . وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ — محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٨ .

ويترتب على ذلك أيضا أن الملكية لاتنتقل إلى المشترى الذى لم يسجل عقده ، فلا يستطيع هذا المشترى أن ينقل الملكية إلى مشتر منه . وقد قضت محكمة النقض بأن حق ملكية العقار لاتنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه . ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه ، لأنها لاتؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لايقبل فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أوالحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها . فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أوتسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغم من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فانه لايكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا ، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣) .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ — ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المعول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، وبذلك ولا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين . وتكون العبرة بتصرف المالك =

ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعا : فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل . ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشيء جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بتسليم المبيع إلى المشترى وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشيء جميع التزامات المشترى ، فيلتزم بموجبه المشترى بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع[1] . ففيما يتعلق بالتزامات البائع ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بتسليم العقار المبيع إلى المشترى ، ويجبر على التسليم حتى قبل تسجيل البيع ، وتنتقل تبعة هلاك المبيع إلى المشترى بعد التسليم ولو قبل التسجيل . ويضمن البائع للمشترى التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق ، فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ضمن البائع للمشترى الأول التعرض الصادر منه الناشيء عن استحقاق المشترى الثانى للعقار . ويضمن البائع للمشترى العيوب الخفية ، وللمشترى أن يرجع بدعوى العيب الخفى على البائع حتى قبل أن يتسلم المبيع وحتى قبل أن يسجل البيع . وفيما يتعلق بالتزامات المشترى ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم العقار المبيع ، ويستطيع البائع قبل تسجيل البيع أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات[2] . ويترتب على البيع غير المسجل آثاره بوصفه بيعا ، فيؤخذ فيه بالشفعة ، ولا يؤثر

= الحقيقى ، إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح (نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٧٩٤) .

وإذا لم يسجل عقد البيع ، وباع البائع العقار مرة ثانية لمشتر آخر سجل عقده ، فإن ملكية العقار المبيع تنتقل من البائع إلى هذا المشترى الثانى . ويفضل هذا المشترى الثانى الذى انتقلت إليه الملكية على أى شخص يتعامل مع المشترى الأول الذى لم يسجل عقده ولم تنتقل إليه الملكية ، كمشتر من هذا المشترى الأول ولو سجل عقده قبل أن يسجل المشترى الثانى من البائع عقده (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ – ٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٦) .

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٢ .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٦ .

عدم تسجيله فى قابلية بيع ملك الغير للإبطال فاذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير وكان قابلا للإبطال (١) .

وينشىء البيع غير المسجل بوجه خاص فى ذمة البائع التزاما بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لا بد فيها من تدخل البائع الشخصى إذ لا بد أن يكون مقرا بصدور البيع منه وأن يكون توقيعه مصدقا عليه ، من أجل ذلك كان للمشترى أن يطالب البائع بأن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . ولا يكتفى المشترى بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل عن طريق دعوى صحة التعاقد (٢) .

١٣٤ – فى قانون السجل العينى : والبيع غير المقيد فى السجل العينى ، عند ما يكون نظام السجل العينى نافذا ، هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشترى ، ولا يترتب عليه من الأثر سوى الالتزامات الشخصية فيما بين البائع والمشترى وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٦ من قانون السجل العينى فى هذا المعنى على ما يأتى : « ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » .

وكل ما ذكرناه فى شأن البيع غير المسجل فى قانون الشهر العقارى (٣) ، يصدق بالنسبة إلى البيع غير المقيد فى السجل العينى . فالمشترى لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يقيد فى السجل العينى ، ويبقى البائع مالكا

---

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٧ . ولكن البيع المسجل لايصلح سببا صحيحا فى التقادم المكسب القصير لورود نص صريح يقضى بأن يكون السبب الصحيح مسجلا (م ٣/٩٦٩ مدنى) .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٣ – وفى دعوى صحة التعاقد الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ – وفى دعوى صحة التوقيع الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٣ .

للعقار المبيع ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشترى ، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .. ويلتزم المشترى ، بموجب البيع غير المقيد ، بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع . ويفضل المشترى من وارث البائع على المشترى من المورث نفسه ، إذا سبق الأول الثانى إلى قيد عقده فى السجل العينى . ويؤخذ فى البيع غير المقيد بالشفعة ، كما يؤخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل . ويبدو أن البيع غير المقيد فى السجل العينى لا يزال ينشىء التزاما بنقل الملكية فى ذمة البائع (١) .

ثانيا : التصرف أو الحكم بعد أن يشهر :

١٣٥ ـ فى قانون الشهر العقارى : ونتخذ هنا أيضا عقد البيع المسجل

---

(١) ولكن هل يجوز تنفيذ هذا الالتزام عينا ، كما يجوز تنفيذه عينا فى قانون الشهر العقارى عن طريق دعوى صحة التعاقد ؟ ورد فى المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى ، فى خصوص المحررات التى يجوز قبولها لإجراء تغيير فى البيانات الواردة فى السجل العينى وحصرها فى قسمين ، ما يأتى : « (القسم) الأول : المحررات الموثقة الصادرة ممن يملك التصرف فى الحقوق الثابتة فى السجل . على أن الرسمية لاتعتبر ركنا فى التعاقد ، ولكنها شرط جوهرى لقيد المحررات فى السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً إلى عقد عرفى ولوصدر به حكم بصحة التعاقد » . والظاهر من ذلك أنه طبقا لقانون السجل العينى ، يبقى عقد البيع العرفى غير المقيد منشئاً لالتزامات شخصية ، ومنها الالتزام بنقل الملكية . ولكن هذا الالتزام بنقل الملكية لا يمكن تنفيذه عيناً ، ونقل الملكية بالفعل ، إلا إذا قيد البيع فى السجل العينى . والبيع لا يجوز قيده فى السجل العينى إلا إذا كان موثقاً فى محرر رسمى ، ولايسوغ قيد البيع العرفى فى السجل ولوصدر به حكم بصحة التعاقد . ويخلص من ذلك أن البيع العرفى غير المقيد ، طبقاً لقانون السجل العينى ، ينشىء التزاماً بنقل الملكية ، ويلزم البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقلها . ومن هذه الإجراءات أن يشارك البائع المشترى فى توثيق محرر رسمى بالبيع ، حتى يمكن قيد البيع فى السجل العينى . فإن امتنع البائع عن توثيق البيع ، لم يعد هناك سبيل لقيد البيع فى السجل العينى ، ولو عن طريق حكم بصحة التعاقد يصدر بناء على عقد البيع العرفى . ومن ثم لايكون أمام المشترى إلامطالبة البائع بالتعويض ، لامتناعه عن القيام بالتزامه من توثيق البيع تمهيداً لقيده فى السجل العينى . فإن أنكر البائع صدور البيع العرفى منه أوأنكر صحته ، وجب على المشترى رفع دعوى واستصدار حكم بصحة التعاقد ، ولكن هذا الحكم لا يمكن قيده فى السجل العينى كما سبق القول . وكل ما يستطيعه المشترى فى هذه الحالة ، وقد ثبت صحة البيع بالحكم الصادر فى هذا الشأن ، هو أن يطالب البائع بالتعويض لإخلاله بالتزامه من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوثيق البيع . ويكون موقف المشترى بعد صدور الحكم بصحة التعاقد هو نفس موقفه بالنسبة إلى عقد بيع عرفى لم ينكر البائع صحته . فى الحالتين لا يستطيع المشترى ، إذا امتنع البائع عن توثيق عقد البيع ، إلا أن يطالب بالتعويض .

نموذجا للتصرف أو الحكم المسجل ، لنفس الاعتبارات التى قدمناها [1] .
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التى يرتبها البيع قبل أن يسجل تبقى قائمة بعد أن يسجل البيع . فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منشئا لالتزامات فى جانب المشترى هى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع ، ومنشئا لالتزامات فى جانب البائع هى تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ فى البيع المسجل بالشفعة بداهة ، ويصلح البيع المسجل سببا صحيحا فى التقادم المكسب القصير ، بل أصبح البيع المسجل دون البيع غير المسجل هو الذى يصلح سببا صحيحا فى التقادم المكسب القصير فى التقنين المدنى الجديد (م ٩٦٩/٣ مدنى) ، ويبقى بيع ملك الغير قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده .

ويزيد البيع المسجل فى آثاره على البيع غير المسجل فى أنه ينقل ملكية العقار فعلا من البائع إلى المشترى ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير . ويشترط فى ذلك أن يكون العقار وقت البيع مملوكا للبائع فلا ينقل بيع ملك الغير الملكية ولو سجل البيع ، وأن يكون البيع جديا غير صورى وغير مزور ، وأن يكون صحيحا فالبيع الباطل لاينقل الملكية ولو سجل . ويستخلص ذلك من طبيعة التسجيل والمهمة التى يقوم بها ، فالتسجيل فى قانون الشهر العقارى ، بخلاف القيد فى قانون السجل العينى ، مهمته شهر المحرر على علاته . والبيع بعد التسجيل يبقى كما كان قبل التسجيل ، فان كان صادرا من غير المالك لم ينقل الملكية بالرغم من تسجيله ، وإن كان صوريا أو مزورا يبقى بعد التسجيل كذلك ، وإن كان باطلا يبقى بعد التسجيل على بطلانه إذ التسجيل لا يصحح البطلان . فالذى ينقل الملكية إذن ، فى نظام الشهر العقارى ، هو العقد ذاته وليس التسجيل [2] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٢ .

(٢) وتقرب محكمة النقض من ذلك إذ تقول : « إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعى وهو التسجيل . وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لايصححها التسجيل (نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٨ ص ١٨٣) . وقرب حسن كيرة ص ٩ وص ١١ (وإذا جاز أن يقال إن العقد المسجل وهو الذى ينقل ملكية العقار واقعة مركبة من تصرف قانونى هو العقد ومن واقعة مادية هى التسجيل ، وجب أن يقال أيضاً إن عنصر التصرف القانونى فى هذه الواقعة المركبة هو العنصر الغالب ، والواقعة المركبة كالواقعة المختلطة قد يتغلب فيها عنصر على عنصر آخر) .

ونتابع البيع المسجل فى نقله الملكية فيما بين المتعاقدين . وفى نقله الملكية بالنسبة إلى الغير :

١ – فالبيع المسجل ينقل الملكية ، على النحو الذى قدمناه ، فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن يكون للمشترى حق التصرف فى العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد التسجيل وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشترى أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . والرأى الذى استقر عليه القضاء والفقه هو أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعى يستند إلى وقت البيع . بهذا صرحت المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى [١] ، وعلى هذا جرى قضاء محكمة النقض [٢] . وهناك رأى معارض يذهب إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين ، أما

---

(١) وقد جاء فيها ما يأتى : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) ، فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أى تعديل فى نصوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لاتنشأ ولا تنتقل ولاتتغير ولاتزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه » .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الذى يقضى برفض دعوى الشفعة بناء على أن الشفيع لم يكن مالكاً للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون فى نفيه الأثر الرجعى للتسجيل . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : « وحيث إن استناد أثر الشرط إلى الماضى . . إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فان الحكم المشروط لا يوجد ولايثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لايسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذ يعلقان اتفاقهما على شرط – أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لايوجد – يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أنهما لوكانا على علم بهذا المآل لأتاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانونى قامت نظرية الأثر الرجعى للشرط ، ولامبرر لها فى الشرائع التى أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين ؛ فنقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ (من القانون السابق) التى قررت الأثر الرجعى للشرط فى باب التعهدات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل

بالنسبة إلى الغير (١) فليس له بطبيعة الحال هذا الأثر ولا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل .

ونحن نؤثر هذا الرأى المعارض ، لأنه هو الرأى الذى يتفق مع طبيعة عقد البيع وطبيعة نظـام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية ، وقد أسهبنا فى الدفاع عن هذا الرأى عند الكلام فى عقد البيع (٢) . وبينا أن القول بالأثر الرجعى أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، إذ هو الذى يفسر تفسيرا مستساغا أن ثمر المبيع ونماءه يكون للمشترى من

=لتطبيق هذا النص فى غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط مردوداً إلى إرادة الشارع – كشرط التسجيل لنقل الملكية – لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضى . وحيث إنه فضلا عما تقدم فان القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . وذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، فى حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المتعاملين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤها فى المستقبل » (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ – وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ – ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ – ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) .

وانظر فى تفصيل الرأى الذى استقر عليه القضاء والفقه من أنه ليس للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ – فقرة ٢٨١ – وانظر فى استقرار الفقه على هذا الرأى الوسيط ٤ فقرة ٢٨١ ص ٥١٢ هامش ١ – يضاف محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٠٧ فقرة ٢٠٩ – حسن كيرة ص ٥٩ .

(١) والمقصود بالغير كل شخص يثبت له على العقار المبيع حق عينى مصدره تصرف قانونى يخضع للشهر ، ويقوم هذا الشخص فعلا بشهره . فإذا باع شخص عقاراً ، وقبل تسجيل عقد البيع باعه إلى مشتر ثان أو رهنه لدائن مرتهن ، فلا يكفى لاعتبار المشترى الثانى للعقار أو الدائن المرتهن غيرا أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضاً على المشترى الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له ، وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن ، حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا شهر كل منهما حقه على هذا الوجه ، لم يجز للمشترى الأول من البائع أن يحتج عليهما بعقده إلا من وقت تسجيل هذا العقد ، فإذا كان لم يسجل أو سجل بعد تسجيل البيع الثانى أو بعد قيد الرهن نفذ البيع الثانى أو الرهن فى حق المشترى الأول .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ – فقرة ٢٨٦ .

وقت تمام البيع لا من وقت تمام التسجيل . وعليه تكييف المبيع من وقت تمام البيع كذلك (م ٤٥٨) . وهو الذى يفسر تفسيرا مستساغا أيضا أن البائع إذا أحدث بناء فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع يعامل معاملة البانى بسوء نية فى أرض غيره . وهو الذى يفسر تفسيرا مستساغا كذلك أنه إذا تصرف المشترى فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه يعتبر فى بعض الفروض فى منزلة من يتصرف فيما يملك (١) .

ثم بينا أن هناك فروضا يكون فيها القول بالأثر الرجعى ليس فحسب القول الأكثر الاستساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق . ونقتصر هنا على الاشارة إلى فرضين من الفروض الخمسة التى سبق أن ذكرناها . فلو فرضنا مشتريا لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لهذا العقار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده ، فلو أخذنا بالأثر الرجعى لاعتبر المشترى مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، وهذا ما فعلته محكمة النقض ، فإن المشترى لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشترى الحق فى الأخذ بالشفعة (٢) . ولو فرضنا أن شخصا باع دارا وقبل أن يسجل المشترى

---

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ - وقد عقبنا على ذلك بما يأتى : « والواقع من الأمر أننا نواجه فى الأمثلة التى قدمناها الموقف الآتى : المشترى لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه حصل فعلا على المزايا التى كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف فى المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبنى فى الأرض المبيعة وإلا اعتبر بانياً فى أرض غيره . ونريد أن نعلل هذه المزايا . فبدلا من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشترى العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر . نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب فى جميعها ظاهر » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ ص ٥٢٤) .

(٢) وقد ذكرنا تعقيباً على ذلك : « ولو قلنا بالرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشترى العقار المشفوع به ، فقد كان مالكاً لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولاشك فى أنه بين-

عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشترى . فاذا أخذنا بالأثر الرجعى لكانت ملكية الدار قد انتقلت إلى المشترى قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار فى حق المشترى . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، فان ملكية الدار لا تنتقل إلى المشترى إلا من وقت إجراء التسجيل ، أى فى وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار فى حق المشترى . ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى هنا أيضا ، فلا يكون الإيجار ساريا فى حق المشترى (١) .

وبينا بعد ذلك أن القول بالأثر الرجعى هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، ذلك أن مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى وهو النظام المعمول به فى قانون الشهر العقارى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمة القيد فى نظام السجل العينى فهى نقل الحق ، إذ القيد فى هذا النظام وليس العقد هو الذى ينقل الحق (٢) .

= المالكين المتعاقبين – البائع للعقار المشفوع به والمشترى إياه – المشترى هو الباقى مجاوراً للعقار وهو الأولى بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة فى هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتهيأت الأسباب لكسبه » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨) .

(١) ويمكن القول أيضاً ، فى عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لو باع شخص لآخر أرضاً زراعية بعقد ثابت التاريخ قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشترى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه ، وقد يترتب على ذلك نتائج هامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨ هامش ٢) .

وانظر فى تفصيل الفروض الخمسة التى ذكرنا أن للقول بالأثر الرجعى فيها هو القول الحق : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ .

(٢) وقد ذكرنا بعد ذلك : « فيجب إذن ، فى نظام الشهر الشخصى ، أن يؤدى كل من العقد والتسجيل مهمته فى حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية إذ هو السبب فى نقلها ، ولا يتراخى المسبب عن السبب إلا لمانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب فى الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فهمته كما قدمنا إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان باشراه . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب فى الحال ، فوجب أن يتراخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهى إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، فى نظام شهر شخصى أن يتراخى =

وبينا أخيرا أن القول بالأثر الرجعي لا تعارض مع نصوص القانون .

= انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نختلط النواحي الأخرى . ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطوة اراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذى ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذى ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فمعنى ذلك أن التسجيل هو الذى ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع . ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين ، نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني . أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولانزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية ، فلا بد من إعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضي إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ – وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل – في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة النص ، ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لامن وقت التسجيل مطاوعة للمبادىء العامة ، ولطبيعة البيع الذى لايزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لاتزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولاشأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ – ص ٥٣٢) . وانظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ .

وذكرنا أيضاً في هذا المعنى : « والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فما دمنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فان هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا في نظام الشهر العيني حيث التسجيل ذاته هو الذى ينقل الملكية ، فيجب إذن أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢) . وانظر في أن نفي الأثر الرجعي لم يكن من شأنه أن تبادر الناس إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢ .

فالمادة التاسعة من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل البيع ، وترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير. هذا كل ما ورد فى النص صراحة أو دلالة ، ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون الشهر العقارى . فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك . ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فى العقار فلا تنتقل الملكية . ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد » (١) .

٢ — والبيع المسجل ينقل الملكية ، على النحو الذى قدمناه أيضا (٢) ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ — وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٦ .

(٢) أى إذا كان البيع صادراً من المالك للعقار المبيع ، وكان بيعاً جدياً لا صورياً ولا مزوراً ، ولم يشبه البطلان . وقد سبق أن قلنا فى هذا الصدد : « ويشترط فى التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فاذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشترى من غير المالك يملك بالتقادم الخمسى إذا سجل عقده وكان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ ص ٥٣٦ هامش ٣) . وقد قضت —

بالنسبة إلى الغير (١) . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت إجراء التسجيل، ما فى ذلك من خلاف . والأصح أن يقال إن الملكية تنتقل بالبيع . ولكن انتقالها لا يكون نافذا فى حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصا باع عقارا مملوكا له لمشتر ثم باع نفس العقار لمشتر ثان ، وسجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ، فان المشترى الثانى يعتبر من الغير بالنسبة إلى المشترى الأول ، ولا يحتج عليه بالبيع الصادر إلى المشترى الأول إلا من وقت تسجيله ، أى فى وقت متأخر عن تسجيل عقده هو . ومن ثم لا ينفذ فى حقه البيع الأول ، وبذلك يفضل على المشترى الأول (٢) . ولكن هل يشترط فى تطبيق هذه القاعدة ، وتفضيل المشترى الثانى على المشترى الأول فى الفرض الذى نحن بصدده ، أن يكون المشترى الثانى حسن النية وقت أن اشترى ، أى لا يعلم أن هناك مشتريا سبقه إلى شراء العقار وأن هذا المشترى لم يسجل عقده ؟ عرضنا لهذه المسألة بالتفصيل عند

= محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أسست قضاءها بالملكية على عقد الشراء وعلى تسجيل الحكم الصادر بصحة التوقيع عليه إلى جانب صورية عقد الشراء الآخر الصادر من البائع نفسه وانعدام أثر تسجيله ، فان ذلك تسبيب كاف لقيام الحكم (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام ص ٧٠١) . وقضت أيضاً بأنه إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة ، فانه يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولوكان مسجلا ، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلا . وإن المفاضلة بين عقدى بيع صادرين من مالك واحد بأسبقية التسجيل ، لا تكون إلا بين عقدين صحيحين (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٠٥ ص ٦٥٥) .

(١) فاذا باع المالك عقاره لمشترين متعاقبين ، فأسبقهما فى التسجيل هو المالك . وإذا ادعى المشترى الآخر أنه ملك العقار بالتقادم ، فعليه هو إثبات ذلك (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٤٧ ص ٩٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشترى قد سجل عقده الذى شمل الأطيان موضوع عقد البدل المبرم بين البائع والطاعن قبل أن يسجل الطاعن صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقد البدل ، فان ملكية هذه الأطيان تكون قد انتقلت إلى المشترى من تاريخ تسجيل عقده ، ولم يعد بذلك لعقد البدل محل يرد عليه . فاذا قضى الحكم المطعون فيه ، فى هذه الحالة ، برفض طلب صحة ونفاذ عقد البدل ، فانه لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٢ ص ٧٠٨) .

الكلام فى البيع (١) ، واستعرضنا فيها العهود الثلاثة : عهد التقنين المدنى السابق ، وعهد قانون التسجيل ، وعهد قانون الشهر العقارى .

ففى عهد التقنين المدنى السابق ، كان الرأى الراجح هو اشتراط حسن النية فى التسجيل حتى ينتج أثره . فاذا كان المشترى الثانى الذى سجل أولا يعلم وقت أن اشترى أن هناك مشتريا سبقه إلى شراء العقار ولم يسجل عقده ، فبادر هو إلى التسجيل ، فان التسجيل فى هذه الحالة لا ينتج أثره لعدم توافر شرط حسن النية ، ومن ثم يفضل عليه المشترى الأول (٢) .

وفى عهد قانون التسجيل ، ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا يشترط فى التسجيل حسن النية ، فينتج التسجيل أثره حتى لو كان المشترى الثانى سيء النية يعلم وقت أن اشترى بسبق تصرف البائع فى العقار المبيع ، بل وحتى لو كان المشترى الثانى متواطئا كل التواطؤ مع البائع على حرمان المشترى الأول من الصفقة ، فلا يقبل مطلقا الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية ولا بتواطئه مع البائع (٣) .

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ – فقرة ٢٩٠ .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٨ .

(٣) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ – ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ – ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ – وقد قلنا فى هذا الصدد : « فارتفعت محكمة النقض بالتسجيل ، بهذا الرأى الذى اعتنقته ، إلى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشترى الأول ، الذى تواطأ البائع والمشترى الثانى على الإضرار بحقه ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشترى حقاً أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال ، إن كان البائع موسراً . فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذى سبب الإعسار أو زاد فيه ، جاز للمشترى الأول أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ، ولكن لا لتثبيت ملكيته فى العقار المبيع ، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له ، ويزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه . . وإذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تحصين التسجيل من كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل فى نظام السجل العقارى ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لا نزال فيه حتى اليوم . ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك =

وفى عهد قانون الشهر العقارى ، وهو العهد الحاضر ، فان محكمة النقض ، بعد أن قصد واضعو قانون الشهر العقارى باغفالم إيراد نص صريح فى هذه المسألة أن يتركوها لحكم المبادىء العامة (١) ، بقيت مع ذلك مصرة على المبدأ الذى قررته فى عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن فى هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية(٢) . وقد بينا أن الموقف الذى نراه متفقا مع المبادىء العامة

= ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً ، ثم يعوض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها . أما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصى القائم ، فلا نرى بدا من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشترى الأول أن المشترى الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩ ص ٥٤١ – ص ٥٤٤ – وانظر فى تفصيل ماكان القضاء يجرى عليه فى عهد قانون التسجيل : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩) .

(١) وذلك بعد أن انتزع واضعو قانون الشهر العقارى من النصوص أقوى حجة كانت محكمة النقض تستند إليها ، فقد كانت المادة الثانية من قانون التسجيل تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة ، وكانت المادة الأولى من هذا القانون تغفل هذا النص فى العقود المنشئة ، فسهل على محكمة النقض استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل فى العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون الشهر العقارى النص فى المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك فى المادة التاسعة منه فى العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص عدم فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية فى طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس فى التسجيل واحداً فى الطائفتين معاً ، وموكولا أمره إلى المبادىء العامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٦) .

(٢) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ – ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص٣٥٢–٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ – ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ – أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ – ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ – ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ . وتابع قضاء محكمة النقض كثير من الفقهاء (أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٠ هامش ٢ – ويضاف إلى الفقهاء المشار إليهم فى الوسيط : محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩٤ – فقرة ١٩٩ – حسن كيرة ص ١١) .

—

هو استبعاد الرأى الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل لتطرفه من ناحية ، وكذلك استبعاد الرأى الذى أخذت به محكمة النقض من أن التواطؤ ذاته لا يبطل التسجيل لتطرفه من الناحية الأخرى (١) . ويجب إذن الوقوف

= وفيما يتعلق بالدعوى البولصية قضت محكمة النقض بأنه إذا تحققت الشروط المقررة للطعن بالدعوى البولصية ، فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع ، ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائناً بالثمن التنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه . وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشترى إلى بحث عقده الابتدائى ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) .

وقد وصلت محكمة النقض ، فى اعتناق الرأى الذى تأخذ به ، إلى أبعد مدى ، إذ قضت بأن المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى جاءت خلواً مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ . ومفاد ذلك ، على ماجرى به قضاء محكمة النقض ، هو إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ، ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع ، طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولايغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر ، إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش وتواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى لعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى . ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبيانا للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد . وإذا لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته ، فإن الأفضلية تكون لمن سبق إلى تسجيل التصرف الصادر له ، ولوكان هو صاحب الطلب اللاحق . وليس لصاحب الطلب السابق ، إن صح مايدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ ، سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٩ ص ٢٩٥) – وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٨ ص ٧٢٣ – ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ .

(١) وقد قلنا فى صدد الرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض : « ومهما يكن من شفيع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض . . فإنه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولاتنهض به الاعتبارات العملية . أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته =

عند الرأى الوسط ، وهو الرأى الذى لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ولكنه يجعل التواطؤ مبطلا له . ذلك أن هذا الرأى الوسط يدعم نظام التسجيل ، دون إغراق يعرض مصالح الناس لخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك لا تتعرض مصالح الناس للضياع عن طريق التدليس والغش (١).

= ثم إلى المبادىء العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلواً من هذا التميز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا ينفى حسن النية ، فمن البديهى أن المشترى الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر . فهو إذن سيء النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشترى الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادىء العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة التدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف . والاعتبارات العلمية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض . فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم ننتقل بعد إلى نظام الشهر العينى . فمن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العينى أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجة المطلقة للسند ولو طعن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لا تزال الدقة فى تحرى صحة السندات المسجلة تعوزه . ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضار به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العينى . يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القائم فى ناحيته العملية (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥١ – ص ٥٥٣) . وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فى عقد البيع ص ١٧٢ – شمس الدين الوكيل فى أثر الغش على الأسبقية فى التسجيل عند تزاحم المشترين لعقار واحد فى مجلة كلية الحقوق ٨ ص ٦٣ .

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ . وقد قلنا فى توجيه الرأى الذى نذهب إليه من أن التواطؤ يفسد التسجيل : « ونستطيع أن نوجه هذا الرأى من الناحية الفنية =

١٣٦ - فى قانون السجل العينى : جميع الآثار التى يرتبها البيع قبل أن يقيد فى السجل العينى تبقى قائمة بعد أن يقيد فى هذا السجل . فيبقى البيع بعد قيده ، كما كان قبل قيده ، منشئا لالتزامات شخصية فى جانب المشترى هى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . ومنشئا لالتزامات شخصية فى جانب البائع هى تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ فى البيع المقيد بداهة بالشفعة .

ويزيد البيع المقيد فى آثاره على البيع غير المقيد فى أنه ينقل ملكية العقار فعلا من البائع إلى المشترى ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير . والذى ينقل الملكية هنا ، بخلاف ما قررناه فى قانون الشهر العقاري : هو نفس القيد فى السجل العينى وليس عقد البيع . وقد قدمنا أن التسجيل فى قانون الشهر العقارى مهمته شهر المحرر على علاته ، فيبقى البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل ، فان كان باطلا يبقى على بطلانه لأن التسجيل لا يصحح البطلان ، والذى ينقل الملكية فى قانون الشهر العقارى هو العقد ذاته وليس التسجيل (١)

= بأحد طريقين : الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلا ، والتسجيل لا يصححه . أو يقال إن المشترى الثانى المتواطىء مع البائع قد أضر بالمشترى الأول ، فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض هو التعويض العينى ، فلا ينفذ البيع المسجل فى حق المشترى الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته فى العقار المبيع بتسجيل سنده . . . والطريق الثانى هو الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونساير فى هذا الطريق محكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين (أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠) . . وفى الحالة التى نحن بصددها قد تركز حق المشترى الأول فى العقار المبيع ، فيعتبر البائع فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية مادام المشترى الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلا من التعويض ، بالتنفيذ العينى . فيطالب المشترى الأول إذن بالتنفيذ العينى وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع فى هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تفى بتعويض المشترى الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشترى الأول الطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ فى حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٤ - ص ٥٥٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

أما فى السجل العينى فالأمر مختلف ، فمجرد القيد فى السجل له حجية مطلقة ، وهو الذى ينقل الملكية كما قدمنا . وإذا قيد البيع فى السجل العينى ، لم يعد من الجائز الطعن فيه بالتزوير ، ولا بأنه صادر من غير مالك . وجميع البيانات الواردة فى السجل العينى تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة فى حق جميع الناس ، وتصل هذه الحجية إلى حد أنه لو قيد عقد البيع فى السجل العينى فانتقلت الملكية إلى المشترى بهذا القيد ، بقى المشترى مالكا للعقار المبيع حتى لو خرج العقار من تحت يده إلى يد حائز استمر واضعا يده عليه المدة المقررة للتقادم ، ولا يتملك الحائز العقار بالتقادم . وتنص المادة ٣٧ من قانون السجل العينى فى هذا المعنى على أنه « يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ماهو ثابت بالسجل »(١) . ذلك أن قانون السجل العينى يتحرى فى إجراءاته أقصى ما يمكن من الدقة حتى لا يثبت فيه من البيانات إلا ما كان صحيحا ، سواء عند قيد الحقوق فى صحائفه لأول مرة ، أو بعد قيدها وورود تصرفات عليها فيما بعد . ففى القيد الأول تكفلت المواد ١٠ — ٢٠ من قانون السجل العينى بوضع إجراءات دقيقة لهذا القيد حتى يطابق الحقيقة بقدر المستطاع ، وتكفلت المواد ٢١ — ٢٥ من نفس القانون بتنظيم إجراءات تكفل التثبت من صحة البيانات الواردة بالسجل عن طريق فتح باب المعارضة فيها لجميع ذوى الشأن ، والبت فيما عسى أن يقدم من الاعتراضات بواسطة لجنة قضائية يجوز استئناف أحكامها أمام محكمة الاستئناف . وعند التصرف

---

(١) وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد . وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « يقضى مبدأ القوة المطلقة — وهو من المبادىء الأساسية فى نظام السجل العينى — بأنه إذا اكتسب شخص حقاً على عقار تأسيساً على قيود وتأشيرات فى السجل ، فإن هذه القيود تعتبر دليلا على مشروعية الحق الذى اكتسبه فى مواجهة الغير . ويعتبر أنه اكتسب الحق من المالك الحقيقى ، ويبقى له ما اكتسب حتى ولوكان اكتسابه من غير مالك . وأخذا بهذا المبدأ نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ماهو ثابت بالسجل . فحظرت بذلك التملك بالتقادم — كقاعدة عامة — فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فمن أثبت اسمه فى السجل كمالك لعقار يصبح فى مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل » .

فى الحقوق ، لا يقبل فى إثبات أصل الملكية أو الحق العينى سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العينى (م ٤٨ من قانون السجل العينى) ، وإذا قام اعتراض رفع الأمر إلى اللجنة القضائية للبت فيه على الوجه المبين فى قانون السجل العينى . لهذا كله يكون مستساغا أن تكون للبيانات الواردة فى السجل العقارى هذه الحجية المطلقة ، وهذه الحجية هى حجر الزاوية فى نظام السجل العينى كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون السجل العينى وهى تعدد مزايا هذا النظام ، فتجعل على رأسها « تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان فى السجل يصبح هذا البيان ممثلا للحقيقة ونقيا من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن المنصوص عليها فى المشروع أو الفصل نهائيا فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد فى السجل العينى ، ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كما لك للعقار فى حماية من كل دعوى غير ظاهرة فى السجل ، مما يقتضى أن يؤشر بالدعاوى التى ترفع ضد البيانات المدرجة فى السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه » . وتعدد المذكرة الإيضاحية أيضا من مزايا نظام السجل العينى « حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فمن أثبت اسمه فى السجل كمالك للعقار يصبح فى مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر فى ظل القانون القائم ، نص المشروع على طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلا بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع »[1] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٨ فى آخرها بالهامش .

ونتابع هنا البيع المقيد فى السجل العينى ، كما تابعنا البيع المسجل فى مكتب الشهر العقارى ، فى نقله الملكية فيما بين المتعاقدين ، وفى نقله الملكية بالنسبة إلى الغير .

١ — فالبيع المقيد فى السجل العينى ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ويترتب على ذلك أن يكون للمشترى حق التصرف فى العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد قيد البيع فى السجل العينى وقبل تسليم العقار المبيع ، جاز للمشترى أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . وهنا لا مجال للخلاف فى أن الملكية تنتقل للمشترى ، حتى فى العلاقة بينه وبين البائع ، من وقت قيد البيع فى السجل العينى لا من وقت إبرام البيع ، فليس للقيد أى أثر رجعى . وإذا صح أن يقوم خلاف فى قانون الشهر العقارى فيما إذا كان للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين (١) ، فهذا الخلاف لا يصح أن يقوم فى قانون السجل العينى ، إذ الملكية فيه تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت القيد ، وليس للقيد أثر رجعى ما فى ذلك من ريب . والذى دعا للخلاف فى هذه المسألة فى قانون الشهر العقارى هو أن الملكية فيه تنتقل بالبيع لا بالتسجيل كما أسلفنا ، فأمكن القول بأن الملكية تنتقل من وقت إبرام البيع فيما بين المتعاقدين ، ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . أما فى نظام السجل العينى فالملكية تنتقل بالقيد لا بالبيع كما سبق القول ، فلم يعد هناك شك فى أنها لا تنتقل إلا من وقت تمام القيد ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو كان فيما بين المتعاقدين . فالقيد وحده هو الذى ينقل الملكية . وبتمامه ، ومن وقت تمامه ، تنتقل ، حتى فيما بين المتعاقدين . وإذا كانت محكمة النقض تصر على أن الملكية فى قانون الشهر العقارى تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل كما سبق أن بينا (٢) ، فليس ذلك فى نظرنا إلا تعجلا لترتيب النتائج التى تستخلص من نظام السجل العينى . وقد رتبت على

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

التسجيل ما لا يترتب إلا على القيد استباقا للحوادث ، وتمهيدا لإدخال نظام السجل العينى ، وتأليفا للمتعاملين على خصائص هذا النظام حتى قبل دخوله . وقد بينا أن ذلك لا يخلو من خلط بين نظامين متعارضين لكل نظام خصائصه : نظام الشهر الشخصى ونظام السجل العينى (١) .

٢ – والبيع المقيد فى السجل العينى ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بداهة إلا من وقت إجراء قيد

(١) أنظر آنفاً ص ٢٦٦ هامش ٢ – ونذكر هنا ، على سبيل المثال ، حالتين أخذت محكمة النقض فى إحداهما بحل يتفق مع الأثر الرجعى للتسجيل وعللته بعلة أخرى ، وأخذت فى الحالة الثانية وهى تطبق قانون الشهر العقارى بحل لايتفق إلا مع السجل العينى : (الحالة الأولى) إذا بنى البائع فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، فقد اعتبرته محكمة النقض فى حكم البانى بسوء نية فى أرض غيره ، ولا يستقيم ذلك إلا مع القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، وإن كانت محكمة النقض عللت ذلك بأن البائع ملتزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت البيع . وهذه الحالة لوطبق عليها قانون السجل العينى يختلف حلها ، إذ لا مجال للقول بالأثر الرجعى فى هذا القانون كما بينا . فلا مناص إذن من القول بأن البائع قد بنى فى ملكه لا فى ملك غيره ، مادام أنه قد أقام البناء قبل قيد البيع فى السجل العينى . فإذا طالبه المشترى بتسليم الأرض بالحالة التى كانت عليها وقت البيع ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها . وإذا أراد المشترى استبقاء البناء ، وقبل البائع منه ذلك ، ولم يتفق معه على القيمة التى يدفعها ، طبقت قواعد الإثراء على حساب الغير ودفع المشترى أدنى القيمتين ، ما أنفقه البائع فى البناء وهو القدر الذى افتقر به أومازاد فى قيمة الأرض بسبب البناء وهو القدر الذى أغتنى به المشترى . ويجوز للبائع أن يهدم البناء مع إعادة الأرض إلى أصلها ، حتى لوأراد المشترى استبقاء البناء فهو لا يستبقيه إلا إذا رضى البائع بذلك . ويتبين مما قدمناه أننا هنا نطبق *القواعد العامة* ، ولا نطبق قواعد الالتصاق . (الحالة الثانية) إذا بيع عقار مجاور للعقار المبيع وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب المشترى الأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده ثم سجل العقد . فهنا لم تطبق محكمة النقض الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، واعتبرت المشترى الذى يطلب الأخذ بالشفعة غير مالك للعقار المشفوع به إلا من وقت التسجيل ، فلا يحق له الأخذ بالشفعة . وهذا الحل لا يستقيم إلا فى نظام السجل العينى ، فنى هذا النظام لا يمكن القول بأن المشترى الذى يطالب بالشفعة أصبح بعد أن قيد عقده مالكا بأثر رجعى فيحق له الأخذ بالشفعة . ولامناص من القول بأنه لا يملك الأرض المشفوع بها إلا من وقت قيد البيع فى السجل العينى ، ومن ثم لاتتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة . ويجب فى هذه الحالة التسليم بأن البائع للأرض المشفوع بها لا يزال مالكا مادام عقد البيع لم يقيد ، ويكون هو الذى توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة . فإن أخذ العقار المجاور بالشفعة ، جاز له عندئذ أن يبيعه لمن اشترى منه الأرض أو لغيره ، وجاز له أيضا أن يستبقيه لنفسه ،

البيع فى السجل العينى . فلو أن شخصا باع عقارا لمشتر ، وقبل أن يقيد هذا المشترى عقد البيع باع البائع العقار مرة أخرى لمشتر ثان وقيد هذا المشترى الثانى البيع قبل أن يتمكن المشترى الأول من قيد عقده ، فان المشترى الثانى دون المشترى الأول هو الذى تنتقل إليه الملكية . ويكون هذا القيد صحيحا ، ويحتج به على المشترى الأول ، ولو كان المشترى الثانى سىء النية وقت أن اشترى أى كان يعلم بسبق تصرف البائع فى العقار . بل ولو كان متواطئا مع البائع ، فان القيد فى السجل العينى لا يفسده سوء النية ولا يفسده التواطؤ لأن له حجية مطلقة كما قدمنا . وهذا بخلاف التسجيل فى قانون الشهر العقارى ، فقد قدمنا (١) أنه إذا كان سوء النية لا يؤثر فى صحته فان التواطؤ يفسده ، لأن التسجيل ليست له الحجية المطلقة التى للقيد . وقد رأينا أن محكمة النقض قضت بغير ذلك ، وبأن التواطؤ لا يفسد التسجيل فى قانون الشهر العقارى . وقد تعجلت محكمة النقض هنا ، كما تعجلت فى نفى الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، النتائج التى لا تستخلص إلا من نظام السجل العينى ، وذلك سعيا منها دائما فى التمهيد لاتصال نظام السجل العينى . وقد كادت فى سبيل ذلك أن تعطى للتسجيل الحجية المطلقة التى للقيد ، مع فرق ما بين النظامين ، ومع مافى نظام السجل العينى من ضمانات قوية تعوز نظام الشهر الشخصى ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٢). ونرى أنه فى نظام السجل العينى إذا اقترن القيد بالتواطؤ ، وطعن المشترى

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آنفا ص ٣٧٩ هامش ٣ – وهذا مايقوله الدكتور محمود شوقى ، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر العقارى فخبر نظام الشهر الشخصى من الناحية العملية : « ولاعبرة بالقول بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العينى ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة . إذ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت فى سبيل الإصلاح النهائى المرتقب ، والذى يجب أن يمسك فيه السجل العينى . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضيا من القضاة النظاميين . أما وهذا النظام العينى المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصى عموما ، وعلى الأخص فى مصر حيث الملكية العقارية مازالت فى حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتنضبط على أساس سليم » (محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٢١٣ – ص ٢١٤) .

الأول الذى لم يقيد عقده بالدعوى البولصية فى البيع الصادر للمشترى الثانى الذى قيد عقده ، فان هذا الطعن لا يؤثر فى القيد بالرغم من اقترانه بالتواطؤ ، لأن القيد فى السجل العينى له حجية مطلقة كما قدمنا . ولا يستطيع المشترى الأول إلا أن يرجع بالتعويض على كل من البائع والمشترى الثانى متضامنين لتواطئهما ، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية . وإذا كان عقد البيع يفسده التواطؤ ، فان التواطؤ لا يفسد القيد ، والملكية قد انتقلت إلى المشترى الثانى بالقيد لا بعقد البيع .

المطلب الثانى

التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عينى عقارى أصلى

§ التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٧ – العقود الكاشفة الواجبة الشهر : تنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها . . . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالا موروثه [1] » . ويخضع هذا النص للتسجيل ، لا العقود الكاشفة فحسب ، بل أيضا التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية الكاشفة .

فالعقود الكاشفة ، الواجبة التسجيل بموجب هذا النص ، عقدان :

(١) **عقد القسمة** ، أى القسمة بالتراضى ، إذا وقع العقد على عقار : وقد قدمنا عند الكلام فى القسمة ، فى الجزء الثامن من الوسيط ، أنها كاشفة للحق . فاذا كان هناك عقار شائع بين عدة شركاء وأجرى الشركاء قسمته بالاتفاق فيما بينهم ، كانت القسمة رضائية أى عقدا أطرافه هم الشركاء فى العقار . ولما كان أثر القسمة هو إفراز حصة كل شريك فى العقار الشائع ، فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه ، فان عقد القسمة هذا وهو يتناول الملكية فيحولها من ملكية

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق: م ٨/١و٢ من المشروع .

ويطابق فى قانون السجل العينى المادة ٢٧ من هذا القانون .

شائعة إلى ملكية مفرزة ، يكون واجب التسجيل . وتوجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، كما رأينا ، تسجيل القسمة « ولو كان محلها أموالا موروثة » . والميراث هو من أهم أسباب الشيوع فى الملكية ، فاذا آل عقار بالميراث إلى عدة ورثة ، فانهم يملكون هذا العقار فى الشيوع . فاذا قسموه بموجب عقد قسمة رضائية ، وجب تسجيل هذا العقد . وقد كان حق الإرث غير واجب الشهر فى عهد التقنين المدنى السابق وفى عهد قانون التسجيل ، ولم يصبح واجب الشهر إلا فى قانون الشهر العقارى . لذلك نبت رأى ، فى عهدى التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل ، يذهب إلى أنه لما كانت القسمة كاشفة عن الحق . فان القسمة بين الورثة تكون كاشفة عن حقوقهم لا منشئة لها ، ويكون سبب الملك هنا هو الإرث لا القسمة . وإذ كان الإرث غير واجب الشهر فى العهدين المشار إليهما ، فان القسمة بين الورثة ، ويرجع سبب الملك فيها إلى الإرث كما قدمنا ، لا تكون واجبة الشهر . وعيب هذا الرأى أنه إذا لم تشهر القسمة بين الورثة ، لم يستطع الغير أن يعلم إذا كان الورثة لا يزالون باقين فى الشيوع أو أنهم قسموا التركة فيما بينهم ، ولا يأمن أن يتعامل مع وارث منهم إذ لا يستطيع أن يعلم إذا كانت حصته فى التركة قد أفرزت بالقسمة أو أنها لا تزال شائعة . لذلك قضت محكمة النقض بوجوب تسجيل القسمة حتى لو كان محلها أموالا موروثة(١) ، وردد قانون الشهر العقارى هذا الحكم بما نص عليه من وجوب تسجيل القسمة حتى « لو كان محلها أموالا مورثة » كما سبق القول .

وقد يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع فى العقار لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، فلا يجوز لأحد منهم طلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة . ولكن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الخلف الخاص للشريك ، كمشتر لحصة هذا الشريك الشائعة ، إلا إذا سجل . فاذا سجل سرى فى حق هذا المشترى ، ولا يستطيع وقد أصبح شريكا فى الشيوع مكان سلفه أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق على بقاء الشيوع فيها . أما إذا لم يسجل الاتفاق ،

---

(١) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ .

فانه لا يسرى فى حق المشترى ، ويستطيع هذا أن يطلب القسمة فى أى وقت ليفرز على الأقل حصته ، ولو كان ذلك قبل انقضاء المدة المتفق عليها . ولكن يشترط أن يكون المشترى حسن النية ، أى أنه لا يعلم بوجود الاتفاق على البقاء فى الشيوع فاذا كان يعلم بوجود هذا الاتفاق سرى فى حقه ولو لم يسجل .

وإذا وقع فى القسمة الرضائية غبن يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون نقضها ، إلا إذا أكمل له الشركاء الآخرون ما نقص من حصته نقدا أو عينا . ودعوى نقض القسمة فى العقار للغبن يجب تسجيل صحيفتها وتسجيل الحكم فيها ، على الوجه الذى سنبينه عند الكلام فى تسجيل الدعاوى(١). فاذا أكمل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا لوقف سير دعوى النقض ، وجب شهر السند المثبت لدفع التكملة نقدا ، سواء كان إيصالا من الشريك المغبون أو محضرا للجلسة التى تم فيها الدفع . ويكون شهر هذا السند بطريق التأشير الهامشى ، على هامش تسجيل صحيفة دعوى نقض القسمة أو على هامش تسجيل عقد القسمة نفسه ، بما يفيد هذا الدفع وانقضاء الدعوى تبعا لذلك . أما إذا أكمل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون عينا فترتب على ذلك تعديل فى أنصبة الشركاء المفرزة ، فانه يصح تحرير محضر رسمى أمام المحكمة بما جرى من التعديل فى أنصبة الشركاء ، وتسجيل هذا المحضر مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة إن كان قد تم تسجيله . ويصح كذلك أن يحرر بهذه التكملة وما تستتبع من التعديل فى الأنصبة عقد بين الشركاء ، ويسجل هذا العقد بالطريقة التى تم بها تسجيل عقد القسمة الأصلى ، مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة (٢) .

وفى قسمة المهايأة المكانية ، إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة فانقلبت قسمة نهائية ، وجب تسجيلها عندئذ بنفس الطريقة التى يسجل بها عقد القسمة الرضائية .

---

(١) أنظر مايلى فقرة ١٤٤ .

(٢) أنظر فى ذلك محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣٢٤ – ص ٣٢٥ .

(٢) عقد الصلح : وقد قدمنا عند الكلام فى الصلح فى الجزء الخامس من الوسيط أنه عقد كاشف للملكية ، فيجب إذن تسجيله إذا وقع على عقار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . فإذا تصالح شخصان بعقد حرراه فيما بينهما على حقوق متنازع عليها ، وكان ضمن هذه الحقوق حق عينى عقارى أصلى ، وجب تسجيل هذا الصلح . فإذا كان النزاع على دار وأرض ، وتصالح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر ، وجب تسجيل عقد الصلح فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الدار ، وكذلك فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الأرض .

وقد يتضمن الصلح حقوقا غير متنازع عليها ، وفى هذه الحالة يكون له أثر كاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع عليها وأثر ناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع عليها . فإذا تنازع شخصان على دار وتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار فى نظير أن يعطى للآخر أرضا ، فهذا الصلح له أثر كاشف بالنسبة إلى الدار وأثر ناقل بالنسبة إلى الأرض . ويجب تسجيله بالنسبة إلى الدار فى مكتب الشهر الواقع فى دائرته الدار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، ومن ثم يحتج بتسجيله على الغير ، أما فيما بين المتعاقدين فلا حاجة إلى التسجيل لأن العقد يعتبر كاشفا عن الملكية كما سنرى . وكذلك يجب تسجيله بالنسبة إلى الأرض فى مكتب الشهر الواقع فى دائرته الأرض طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، ولا يسرى قبل التسجيل لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين لأن العقد يعتبر بالنسبة إلى الأرض ناقلا للملكية .

والحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) الذى تم بين الخصوم فى دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء لا يعتبر حكما إلا من الناحية الشكلية ، وهو لا يخرج من الناحية الموضوعية عن كونه عقدا تم بين الخصوم فى ورقة رسمية ، هى محضر الصلح ، وثقها القاضى فى حدود سلطته الولائية . وهذا بخلاف الحكم الاتفاقى (jugement convenu, jugement d'expédient) ، وصورته أن يعمد الخصمان فى أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع بانزال ما يطلبه المدعى إلى قدر معين ، فيعدل

المدعى طلباته إلى هذا القدر ، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ؛ فلا يسع القاضى فى هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات . والحكم الصادر على هذا النحو إنما هو فى الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمى بالحكم الاتفاقى . ولكنه يختلف فى طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، إذ هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية[1] . وسواء كان الحكم صادرا بالتصديق على محضر الصلح أو كان حكما اتفاقيا فانه يجب فى الحالتين تسجيله ، فيسجل فى الحالة الأولى باعتباره عقد صلح ؛ ويسجل فى الحالة الثانية باعتباره حكما كاشفا عن الحق كما سيجىء .

١٣٨ – التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر :

ونذكر من هذه التصرفات الإقرار للغير بملكية عقار ، وإقرار العقد الصادر من الغير ، وإجازة العقد القابل للإبطال ، وترك الحق فى التقادم .

أما الإقرار (reconnaissance) للغير بملكية عقار ، فتارة يكون تصرفا إنشائيا فيجب تسجيله على أنه تصرف إنشائى بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، وتارة يكون تصرفا كاشفا فيجب تسجيله على أنه تصرف كاشف بموجب المادة ١٠ من هذا القانون . فاذا باع شخص عقارا لشخص آخر ولم يسجل عقد البيع ، وأراد المشترى أن يتصرف فى العقار بالبيع مثلا ، فطولب بسند ملكيته فوجد أنه سند غير مسجل وأن البائع لا يزال مالكا للعقار ، جاز لهذا البائع أو لورثته أن يوقعوا مع المشترى عند البيع الصادر من هذا الأخير مقرين بملكية المشترى للعقار . ويعتبر الإقرار بالملك فى هذه الحالة ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لتصرف بالبيع صادر من البائع أو ورثته للمشترى ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف ناقل للملك بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى . وإذا أراد مالك فى الشيوع أن يتصرف فى جزء مفرز من العقار الشائع ، ووقع العقد معه شركاؤه فى الشيوع مقرين بملكيته لهذا الجزء المفرز ، اعتبر الإقرار بالملك هنا ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لقسمة بين الشركاء فى الشيوع نتج عنها إفراز حصة الشريك

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٥ فقرة ٣٥٥ .

المقرله بالملك ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف كاشف عن الملك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى [١] .

وإقرار العقد الصادر من الغير (confirmation) تصرف صادر من جانب واحد . فاذا باع شخص عقارا مملوكا لغيره ، وأقر المالك الحقيقى هذا البيع ، فان بيع ملك الغير هنا ينقلب صحيحا بالإقرار ، وتنتقل ملكية العقار للمشترى بالبيع . أما الإقرار الصادر من المالك الحقيقى فهو تصرف صادر من جانب واحد ، وهو إقرار كاشف لا ناقل ، ومن ثم يجب تسجيله مع البيع على أنه من التصرفات الكاشفه بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، أو التأشير به على هامش تسجيل البيع إن كان البيع قد سجل[٢] .

واجازة العقد القابل للإبطال (ratification) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من المتعاقد عن التمسك بحقه فى إبطال العقد ، فينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة . فاذا باع قاصر عقارا مملوكا له ، وعند بلوغه سن الرشد أجاز العقد ، فان ملكية العقار تنتقل إلى المشترى بالبيع . أما الإجازة فهي تصرف صادر من جانب واحد ، مثلها فى ذلك مثل إقرار بيع ملك الغير فى الفرض المتقدم . ومن ثم يجب تسجيل الإجازة مع البيع لتكون حجة على الغير ، وتسجل على أنها من التصرفات الكاشفة

---

(١) انظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣٣٢ – ٣٣٣ – وقد قضت محكة النقض بأنه متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخاص ، فان هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقرراً للملكية لا منشئا لها ، ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١١٨) .

(٢) وقد قضت محكة النقض بأن إجازة الورثة لوصية ليست منشئة لحق ، حتى يسند التمليك إلى الوارث . وعلى ذلك فاذا كان الإقرار الوارد بعقد صلح أبرم بين الورثة إنما هو إجازة من الابن لوصية صادرة من المورث للزوجة والبنت فى حدود ثلث التركة لكل منهما ، فهو إقرار مقرر صادر من الابن لهما ، ولايلزم تسجيل عقد الصلح الذى تضمن هذا الإقرار (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ١٢٦) .

بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . أو يؤشر بها على هامش تسجيل البيع إن كان قد سجل[1] .

وترك الحق فى التقادم (renonciation) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من الخصم عن حقه فى التمسك بالتقادم . فاذا حاز شخص عقارا المدة الواجبة للتملك بالتقادم ، فانه لا يملك العقار بالتقادم إلا إذا تمسك به . فاذا نزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ، فان العقار يبقى على ملك مالكه الأصلى ، وسبب الملك هنا هو السبب الأصلى الذى تملك به هذا المالك ، عقدا كان أو ميراثا أو وصية أو غير ذلك . أما النزول عن التقادم فهو تصرف كاشف صادر من جانب واحد ، وقد كشف به الحائز للعقار عن أن المالك الأصلى للعقار لا يزال مالكا له . فاذا صدر هذا النزول من الحائز فانه لايسرى فى حق الغير إلا إذا سجل باعتباره من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . وعلى ذلك لو تمت مدة التقادم المكسب لملكية العقار ، ونزل الحائز عن التمسك بالتقادم ولم يسجل هذا النزول ، ثم باع هذا العقار باعتباره مالك إياه بالتقادم لشخص آخر ، جاز للمشترى أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة البائع له (م ٣٨٧ و ٩٧٣ مدنى) ، ولا يحتج عليه بنزول البائع عن التقادم لأن هذا النزول لم يسجل[2] .

١٣٩ ـ الأحكام الكاشفة الواجبة الشهر : رأينا[3] أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل « الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية » . ويمكن القول هنا ، كما قلنا ، فى الأحكام المنشئة واجبة التسجيل[4] ، أن الأحكام الصادرة بصحة التعاقد فى عقدى القسمة والصلح الواقعين على عقار هى أحكام مثبتة لوقوع عقد القسمة

---

(١) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ – ٦٣ فقرة ٢٠ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٧ .

(٢) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ – ص ٦٣ فقرة ٢٢ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٨ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٧ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٣٢ .

أو لوقوع عقد الصلح ، ومن ثم تكون أحكاما كاشفة عن حق عينى عقارى أصلى . فيجب إذن تسجيلها باعتبارها أحكاما كاشفة ، بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولكن قد يقال هنا أيضا إن قانون الشهر العقارى قد خص دعاوى صحة التعاقد بالذكر فى المادة ٢/١٥ منه ضمن الدعاوى واجبة الشهر وكذلك الأحكام النهائية الصادرة فى هذه الدعاوى بموجب المادة ١٦ منه ، فهى إذن تسجل بموجب هاتين المادتين لا بموجب المادة ١٠ .

ولكن يبقى بعد ذلك ، عدا أحكام صحة التعاقد ، أحكام كاشفة لا تتصل بعقود سابقة ، بل هى تكشف بذاتها عن حقوق عينية عقارية أصلية ، فيجب إذن تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ونذكر من هذه الأحكام الحكم الصادر فى القسمة القضائية ، والحكم الاتفاقى ، والحكم بارساء المزاد على الشريك ، والحكم بارساء المزاد على الحائز للعقار .

فالقسمة إذا كانت قسمة قضائية عقارية تم بحكم هو الذى يكشف عن حقوق المتقاسمين ، ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم باعتباره حكما كاشفا وذلك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولا تخضع عريضة دعوى القسمة للشهر ، لأن هذه الدعوى ليست من الدعاوى الواجب شهرها بموجب المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى ، وإنما يجب شهرها بموجب المادة ١٠ من هذا القانون كما قدمنا .

وقد رأينا(١) أن الحكم الاتفاقى (jugement convenu, jugcment d'expédient) هو حكم يتفق عليه الخصمان وذلك بالاتفاق على تعديل طلبات المدعى ، فيسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، ويصدر الحكم بالقضاء بهذه الطلبات . فالحكم إذن نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمى بالحكم الاتفاقى. وهذا الحكم هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية ، فاذا كان محله ملكية عقار كان حكما كاشفا عن حقوق عينية عقارية أصلية ، ووجب تسجيله على هذا الاعتبار بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٧ .

ورأينا(١) كذلك أنه إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته، ورسا المزاد على أحد الشركاء، فان رسو المزاد يعتبر قسمة لا بيعا. ويجب تسجيل حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة، ولكن تسجيله يكون على اعتبار أنه حكم كاشف، فيتم بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى.

ورأينا كذلك(٢) أنه إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار، فان هذا الحائز يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن الملكية لا ناقلا. ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه حكم كاشف، ويتم التسجيل بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى.

أما الحكم الصادر فى دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن، فهو لا يدخل ضمن الأحكام الكاشفة الواجب تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى، ولكن يدخل ضمن الأحكام الصادرة فى دعاوى الغرض منها الطعن فى تصرف هو عقد القسمة، فيجب تسجيل صحيفة الدعوى بموجب المادة ١/١٥ من قانون الشهر العقارى، ويجب التأشير بالحكم بموجب المادة ١٦ من نفس القانون كما سيجىء.

§ ٢ ـ ما يترتب على الشهر من أثر

أولا ـ التصرف أو الحكم قبل أن يشهر :

١٤٠ ـ فى قانون الشهر العقارى : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية. يجب كذلك تسجيلها، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير »(٣).

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٢.

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٣٢.

(٣) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/٨ من المشروع). وانظر آنفا فقرة ١٣٧ – وأضيف فى آخر المادة ٨ من هذا المشروع الفقرتان ٣ و ٤ الآتيتان : « ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد عليها أن يطلب قصر الشهر على حصته، ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع. كما يجوز له قصر شهر الحكم على نصيبه فى جهة معينة. وعلى المكتب الذى تم فيه الشهر أن يخطر مكاتب الشهر الواقع بدائرتها باقى الأعيان موضوع القسمة للتأشير بذلك. وتنظم اللائحة التنفيذية طريقة الإخطار وميعاده والجهات التى يحصل بها التأشير ».

ونتخذ القسمة نموذجا للتصرفات والأحكام الكاشفة ، كما اتخذنا البيع نموذجا للتصرفات والأحكام المنشئة أو الناقلة أو المعدلة أو المنهية ، وذلك لنفس الاعتبارات[1] .

والذى يفهم من النص سالف الذكر أن القسمة ، رضائية كانت أو قضائية ، إذا لم تسجل . فانها تنتج مع ذلك أثرها فيما بين المتقاسمين ، ولكنها لا تكون حجة على الغير . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقا لذلك ، بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسوم . وبأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة[2] والسبب فى أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو كانت غير مسجلة أنها تكشف عن ملكية الشريك المفرزة دون أن تنشئها ، والكشف عن الملكية المفرزة فيما بين المتعاقدين أمر يقع بمجرد حصول القسمة لأن القسمة هى ذاتها التى تكشف عن ذلك . ولا محل لتراخى هذا الأثر إلى وقت تسجيل القسمة ، لأن التسجيل مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى مجرد إعلام الغير بوقوع القسمة حتى تدخل فى حسابهم عند التعامل مع الشركاء فى العقار الذى انتهى فيه الشيوع بالقسمة . وهذا هو الذى يعلل أيضا أن القسمة لا تكون حجة على الغير إلا من وقت تسجيلها ، فقبل التسجيل يفترض أن الغير لا يعلم بالقسمة ، فمن حقه أن يتعامل مع الشركاء فى العقار باعتبار أنه باق على الشيوع .

ويترتب على أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو لم تسجل أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر مالكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه . فلو وضع أحد الشريكين يده على العقار ، كان للشريك الآخر أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة بالذات التى وقعت فى نصيبه ، وليس له أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة التى لم تقع فى نصيبه بل وقعت فى نصيب شريكه . ولو آجر أحد الشريكين الحصة

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٢) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ .

المفرزة التي وقعت فى نصيبه يعتبر الإيجار صادرا من مالك ، لأن المستأجر لا يعتبر من الغير فتكون القسمة نافذة فى حقه ولو قبل تسجيلها . أما إذا اجر الحصة المفرزة التي وقعت فى نصيب شريكه ، فان الإيجار يعتبر صادرا من غير مالك . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له ، وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفى الخصومة فى دعوى القسمة ، وإن كان واجبا بالنسبة إلى الغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصى ، فان هذا الذى قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٦[١] .
والجار الملاصق لأحد جانبى العقار المقسوم لا يعتبر هو أيضا من الغير لأنه ليس له حق عينى على هذا العقار ، فتنفذ القسمة فى حقه ولو قبل تسجيلها ، ولكل من الشريكين أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة ، كما أن له أن يحتج بهذه القسمة غير المسجلة على كل منهما . فاذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه ، لم يجز للشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الغربى الأخذ بالشفعة ولو لم تكن القسمة قد سجلت . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق ، غير مالك للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة[٢] . والذى يأخذ بالشفعة فى هذه الحالة هو الشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الشرقى ، لأنه هو الجار الملاصق للعقار المشفوع فيه .

ولا يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير . والغير هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا وقام بشهر عقده طبقا للقانون ، وذلك

---

(١) نقض مدنى ٣ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٨٥٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ – ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ .

لكن اشترى قبل القسمة من أحد الشركاء فى الشيوع حصته الشائعة وقام بتسجيل عقد البيع . فاذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصته شائعة فى العقار المقسوم ، وسجل المشترى البيع قبل أن تسجل القسمة ، لم يجز للشركاء أن يحتجوا عليه بالقسمة لأنها لم تسجل قبل تسجيل البيع[١] ، ويكون للمشترى طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذ لا يزال العقار شائعا فى حقه وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه[٢] . أما المشترى لجزء مفرز قبل القسمة ، فلا يعتبر من الغير لأنه لم يثبت له حق عينى على العقار الشائع قبل قسمته . وقد قضت محكمة النقض بأن الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ، ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ مدنى من أن التصرف الذى انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها ، حتى يكون فى استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع فى القسمة فى نصيب المتصرف أو لم يقع (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢) .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ص ١٣٧٥ – ولكن يجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يتمسك بالقسمة غير المسجلة فى مواجهة الشركاء ، إذ أن القسمة غير المسجلة وإن لم يجز للشركاء أن يحتجوا بها عليه يجوز له هو أن يحتج بها عليهم . وعلى ذلك يجوز للمشترى أن يعتد بهذه القسمة ، ويستولى على حصة الشريك البائع التى أفرزت بموجب القسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان تسجيل القسمة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه ، فانه يكون له أن يرتضى القسمة التى تمت ، ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذى شرع لفائدته (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ٤٣) .

مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة[1] .

---

(١) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ - وانظر أيضا نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ : - وقد قضى هذا الحكم بأنه إذا كان التصرف فى الجزء المفرز لا حقا لإجراء قسمة لم تسجل ، فان الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف فى نصيبه الذى خصص له فى القسمة ، وفى هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشترى ، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بنى حقه على أساس القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوع مازال قائما ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثانى) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - فى هذه الحالة لايتلقى المشترى حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه مالم تخصصه للبائع له ، وإنما على أساس أن الشيوع مازال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فان المشترى إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر فى هذا الفرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة . وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا اقتسم شريكان أرضا واختص كل منهما بجزء مفرز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز ، فان المشترى لهذا النصيب لا يعتبر « غيرا » بالمعنى الفنى ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) .

ويخلص من أحكام محكمة النقض مايأتى : (١) إذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصة شائعة فى العقار المقسوم ، اعتبر المشترى من الغير فى القسمة ، فلا يحتج عليه بها إذا كان قد سجل سنده قبل تسجيل القسمة . (٢) إذا باع شريك قبل القسمة جزءا مفرزاً من العقار الشائع ، لم يعتبر المشترى من الغير فى القسمة ، ويحل فيها محل الشريك البائع له ، فيخلص له الجزء المفرز الذى اشتراه ذاته إذا وقع هذا الجزء فى نصيب البائع له ، أما إذا لم يقع فان حقه ينتقل إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب البائع له . (٣) إذا باع -

١٤١ – فى قانون السجل العينى : ويختلف حكم التصرف الكاشف غير المقيد فى قانون السجل العينى عن حكم التصرف الكاشف غير المسجل فى قانون الشهر العقارى ، إذ قد نصت المادة ١/٢٧ من قانون السجل العينى على أنه « يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » . وهذا الحكم طبيعى ، فان القيد فى قانون السجل العينى ، بخلاف التسجيل فى قانون الشهر العقارى ، هو الذى ينشىء الحقوق العينية أو يكشف عنها ، وليس للتصرف أثر فى ذلك . فاذا لم يقيد التصرف فى السجل العينى ، لم يكن له من أثر غير إنشاء التزامات شخصية بين ذوى الشأن . وإذن يكون حكم القسمة غير المقيدة فى السجل العينى هو نفس حكم البيع غير المقيد فى هذا السجل ، فلا تكون هذه القسمة بما تكشف عنه من حقوق عينية حجة على الغير ولا فيما بين ذوى الشأن .

= شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بالقسمة ، لم يعتبر المشترى من الغير فى القسمة ، لأنه بنى حقه على أساس القسمة التى تمت وارتضى شراء الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب البائع له . (٤) إذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها جزءاً مفرزاً لم يقع فى نصيبه ، اعتبر المشترى من الغير فى القسمة ، ولا يحتج عليه بها إذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة ، وله إذا لم يرتض القسمة أن يعتبر نفسه مالكا فى الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

وإذن يجب التمييز بين ما إذا كان الشريك قد باع حصته فى الشيوع ، أو باع جزءاً مفرزا من العقار الشائع . فاذا باع حصته فى الشيوع ، فان المشترى لهذه الحصة الشائعة يعتبر دائما من الغير ، سواء اشترى قبل القسمة أو بعدها ، لأنه قد ثبت له حق عينى على العقار الشائع ، فاذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة لم يجز الاحتجاج عليه بالقسمة . أما إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من العقار الشائع ، فاذا كان البيع سابقا على القسمة لم يعتبر المشترى من الغير وحل محل الشريك البائع له فى الجزء المفرز الذى يخلص لهذا الشريك بالقسمة . وإذا كان البيع تاليا للقسمة وكان واقعاً على نفس الجزء المفرز الذى خلص بالقسمة للشريك البائع ، فان القسمة تسرى فى حق المشترى ، ويعتبر أنه قد ارتضى شراء هذا الجزء المفرز . وإذا كان البيع واقعا على غير الجزء المفرز الذى خلص للشريك البائع ، فان القسمة لا تسرى فى حق المشترى ، وله أن يعتبر نفسه مالكا فى الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

أنظر فى كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٥٨٤ فى القسمة والتسجيل .

ويخلص من ذلك أن القسمة غير المقيدة فى السجل العينى لا تكون حجة على الغير ، وكل ما قلناه فى هذا الصدد فى شأن القسمة غير المسجلة بالنسبة إلى الغير فى قانون الشهر العقارى[١] ينطبق هنا . فتحديد ما هو الغير فى قانون السجل العينى هو نفس تحديده فى قانون الشهر العقارى . وإذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل قيدها فى السجل العينى ، حصة شائعة فى العقار المقسوم ، كان المشترى من الغير . فاذا قيد سنده قبل قيد القسمة لم يحتج عليه بها ، وله أن يطلب تثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة وإجراء قسمة جديدة ، إذ لا يزال العقار شائعا ما دامت القسمة لم تقيد . أما المشترى لجزء مفرز من العقار الشائع ، فسواء اشترى هذا الجزء المفرز قبل القسمة أو بعدها ، وإذا اشترى بعد القسمة فسواء اشترى نفس الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب البائع له بالقسمة أو اشترى جزءا مفرزا آخر ، فان القسمة غير المقيدة لا تكون قد أفرزت حصة الشريك البائع بالنسبة إليه ، سواء اعتبر من الغير أو لم يعتبر ، لأن القسمة غير المقيدة لا تفرز العقار الشائع بأى حال . وعلى ذلك يعتبر المشترى للجزء المفرز قد اشترى هذا الجزء من مالك لا يزال فى الشيوع ، وتسرى عليه أحكام المادة ٢/٨٢٦ مدنى وتنص على ما يأتى : « وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف » .

وكذلك لا تنتج القسمة غير المقيدة فى السجل العينى أثرا فى إفراز العقار الشائع ، حتى فيما بين المتقاسمين ، وهذا بخلاف القسمة غير المسجلة فى قانون الشهر العقارى فقد قدمنا أنها تنتج جميع آثارها فيما بين المتقاسمين بالرغم من عدم تسجيلها . ويترتب على أن القسمة غير المقيدة فى السجل العينى لا تنتج أثرها فى إفراز العقار المقسوم فيما بين المتقاسمين أنه لو قسم عقار شائع بين

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٠ .

شريكين ولم تقيد القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر لا يزال ما لكا فى الشيوع . وإذا اجر أحد منهما حصة مفرزة ، ولو كانت نفس الحصة التى وقعت فى نصيبه بالقسمة غير المقيدة ، كان حكم إيجاره هو حكم إيجار حصة مفرزة صادر من مالك على الشيوع . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه ، وكانت القسمة لم تقيد ، جاز لأى من الشريكين أو لكليهما أن يأخذ بالشفعة ، لأنهما لا يزالان مالكين على الشيوع للأرض المشفوع بها ما دامت القسمة لم تقيد فى السجل العينى . فهما يملكان على الشيوع كلا من القسم الشرقى والقسم الغربى .

ثانيا – التصرف أو الحكم بعد أن يشهر :

١٤٢ – فى قانون الشهر العقارى : ونتخذ هنا أيضا عقد القسمة المسجل نموذجا للتصرف أو الحكم الكاشف المسجل . وغنى عن البيان أن جميع الآثار التى ترتبها القسمة قبل أن تسجل تبقى قائمة بعد أن تسجل القسمة . فتبقى القسمة بعد تسجيلها ، كما كانت قبل تسجيلها ، منتجة لجميع آثارها فيما بين المتقاسمين .

وتزيد القسمة المسجلة فى آثارها على القسمة غير المسجلة فى أنها تكون حجة على الغير . وقد سبق تحديد ما هو الغير ، وكيف لا تكون القسمة غير المسجلة حجة عليه[1] ، ولانزيد هنا على أن نقول إنه فى جميع الفروض التى لا تكون فيها القسمة غير المسجلة حجة على الغير ، تكون حجة عليه إذا ما سجلت ، ومن وقت هذا التسجيل . فاذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها عقارا كان شائعا قبل القسمة ، وكان العقار المبيع لم يقع بالقسمة فى نصيب الشريك البائع ، ولكن القسمة سجلت قبل تسجيل البيع ، فان الشريك الذى وقع فى نصيبه بالقسمة العقار المبيع يستطيع أن يحتج بالقسمة على المشترى ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشترى . ويكون تسجيل القسمة صحيحا حتى لو كان المتقاسم الذى وقع العقار فى نصيبه سيء النية ،

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٠ .

إذ أن سوء النية لا يفسد التسجيل ، وإنما يفسده التواطؤ على الخلاف الذى بسطناه عند الكلام فى تسجيل البيع[١] .

١٤٣ – فى قانون السجل العينى : إذا قيدت القسمة فى السجل العينى ، فانها تنتج جميع آثارها فى إفراز العقار المقسوم ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتقاسمين . ويلاحظ أن القيد فى السجل العينى له حجية مطلقة ليست للتسجيل فى قانون الشهر العقارى ، وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك[٢] . فاذا قيدت القسمة فى السجل العينى ، لم يعد من الجائز الطعن فيها بالتزوير ، ولا بأنها صادرة من غير مالك . وجميع البيانات الواردة فى السجل العينى فى شأن القسمة المقيدة فيه تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة فى حق جميع الناس . ولا يفسد القيد فى القسمة ، كما لا يفسد القيد فى البيع ، لا سوء النية ولا التواطؤ[٣] .

فالقسمة المقيدة تكون حجة على الغير ، فاذا باع الشريك بعد القسمة وقبل قيدها عقارا شائعا ، ووقع هذا العقار بالقسمة فى نصيب هذا الشريك ، وقيدت القسمة قبل أن يقيد البيع ، احتج الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار المبيع بالقسمة المقيدة على المشترى لهذا العقار . ومن ثم يبقى هذا الشريك مستأثرا بالعقار ، ويرجع المشترى على الشريك البائع بضمان الاستحقاق .

والقسمة المقيدة تنتج أثرها فى إفراز العقار الشائع فيما بين المتقاسمين ، وكانت قبل قيدها لا تنتج هذا الأثر كما سبق القول[٤] . فاذا قسم عقار شائع بين شريكين وقيدت القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر ما لكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه بالقسمة . وإذا آجر هذه الحصة كان الإيجار صادرا من مالك ، أما إذا آجر الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب الشريك الآخر كان الإيجار صادرا من غير مالك . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٣٦ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٦ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٤١ .

من الأرض والآخر بالقسم الغربى ، وثبتت القسمة فى السجل العينى ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه . فإن الشفيع هنا يكون صاحب القسم الشرقى لأنه أصبح ما لكا بالقسمة المقيدة للأرض الملاصقة للأرض المشفوع فيها . ولا يجوز لصاحب القسم الغربى أن يأخذ بالشفعة ، لأنه لم يعد ما لكا إلا لهذا القسم بعد أن قيدت القسمة . وهو غير ملاصق للأرض المشفوع فيها .

المطلب الثالث

الدعاوى الخاضعة للشهر

§ ١ – أنواع الدعاوى الخاضعة للشهر

١٤٤ – دعاوى الطعن فى التصرفات الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى »[1] .

والمحررات واجبة الشهر التى يجب التأشير فى هامش تسجيلها بما يقدم ضدها من دعاوى الطعن هى المحررات التى تتضمن تصرفات ناقلة (أو معدلة أو منهية) للحقوق العينية العقارية الأصلية[2] وعلى رأسها عقد البيع . أو تصرفات منشئة لهذه الحقوق وعلى رأسها العقد المنشىء لحق انتفاع أو لحق ارتفاق ، أو تصرفات كاشفة عن هذه الحقوق وعلى رأسها عقد القسمة .

أما دعاوى الطعن فى هذه التصرفات التى يجب التأشير بها أو تسجيلها فهى الدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف ، أو فى صحته ، أو فى نفاذه .

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/١٣٠ من المشروع) .

(٢) وكذلك الحقوق العينية العقارية التبعية كما فى عقد الرهن ، والدعوى التى يؤشر بها فى هامش قيد الرهن هى دعوى شطب الرهن . وهذه مسألة خاصة بالحقوق العينية التبعية . فلا شأن لنا بها هنا .

فالدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف نوعان : (١) دعاوى تنكر وجود التصرف منذ البداية ، وهذه هى دعاوى الطعن ببطلان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق (كانعدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب) ، ودعاوى الطعن بصورية التصرف فيكون التصرف فى هذه الحالة لا وجود له منذ البداية[1] . (٢) دعاوى لا تنكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف إلى فسخه أو إلى إلغائه . ويدخل فى هذه الدعاوى : دعاوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، ودعاوى الانفساخ إذا كان العقد قد انفسخ من تلقاء نفسه لشرط فى العقد يقضى بذلك أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . ودعاوى الرجوع فى الهبة لعذر مقبول وعدم وجود المانع من الرجوع ، ودعاوى حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لسبب يسوغ الحل (م ١/٥٣٠ مدنى) أو انحلالها بسبب طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة لسبب معقول إذا كانت الشركة معينة المدة (م ٢/٥٣١ مدنى) .

والدعاوى التى تطعن فى صحة التصرف يتدرج تحتها : (١) جميع دعاوى إبطال التصرف ، لسبب نقص فى الأهلية أو عيب فى الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (٢) دعوى نقض القسمة الرضائية ، إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥ مدنى) . أما إكمال باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا أو عينا ، فقد سبق بيان كيفية إجراء شهره[2] . وأما دعوى تكملة الثمن بسبب غبن يزيد على الخمس فى بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فهذه ، إذا قضى فيها بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) ولم يف المشترى بالتزامه من دفع تكملة الثمن . تؤول إلى دعوى فسخ ويجب شهرها كسائر دعاوى الفسخ . وقبل هذا الشهر ، لا تلحق هذه الدعوى ضررا

---

(١) والطعن فى العقد بالصورية ، كما إذا طعن البائع لعقار فى عقد البيع بالصورية ، يؤول إلى دعوى استحقاق للعقار المبيع ، فيجب إذن شهر الدعوى إما باعتبارها دعوى طعن بالصورية أو دعوى استحقاق (أنظر مايلى فقرة ١٤٦) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٣٧ .

بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع » (م ٤٢٦ / ٢ مدنى) .

والدعاوى التى تطعن فى نفاذ التصرف يتدرج تحتها : (١) الدعوى البولصية ، وهى الدعوى التى يرفعها الدائن طالبا فيها عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه إذا توافرت فى هذا التصرف شروط معينة (م ٢٣٧ مدنى) . (٢) دعوى عدم نفاذ الوصية فى حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة . ويلحق بها دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت (أو تصرفه بوجه عام) فى حق ورثته فيما يزيد على ثلث التركة (م ٤٧٧ مدنى) ، وقبل شهر هذه الدعوى لا يسرى الحكم فيها « إضرارا بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة » (م ٤٧٨ مدنى)[1] .

ويخلص مما تقدم أن دعاوى الطعن فى التصرفات واجبة الشهر ، والتى يجب التأشير بها أو تسجيلها ، تشتمل على الدعاوى الآتية : (١) دعوى الطعن ببطلان التصرف . (٢) دعوى الطعن بصورية التصرف . (٣) دعوى المطالبة بفسخ التصرف . (٤) دعوى تقرير انفساخ التصرف[2] . (٥) دعوى الرجوع فى الهبة . (٦) دعوى حل الشركة أو انحلالها . (٧) دعوى الطعن بابطال التصرف . (٨) دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن . (٩) الدعوى البولصية . (١٠) دعوى عدم نفاذ الوصية أو عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة .

١٤٥ — دعاوى صحة التعاقد : تنص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « كما يجب تسجيل

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الصادرة بفسخ وجب حتما بحكم القانون ، أو وقع نتيجة لشرط فاسخ صريح أو ضمنى ، واجبة التسجيل باعتبار أنها أحكام مقررة . وعلى ذلك إذا كان فسخ عقد البيع المسجل الصادر من مورث الطاعنين إلى المطعون ضده الثانى قد قضى به ضمنا فى الحكم الصادر برفض دعوى البائع بالمطالبة بباقى الثمن ، وكان هذا الحكم لم يسجل ، فان المبيع يبقى فى ملكية المشترى ولا تعود ملكيته للبائع (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٠ ص ١٩٦) .

دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية »[1] . ودعوى صحة التعاقد لم تكن مذكورة فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ؛ ولكن العمل ابتدعها بخاصة فى عقد البيع تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد » منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل عقد البيع ، وبخاصة التصديق على إمضائه فى الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع . فإذا ما صدر الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (réalisatin, constatation de le vente) ؛ جعل منه المشترى سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، إذ هو يثبت وقوع البيع صحيحا نافذا ، فيجوز إذن للمشترى أن يسجل هذا الحكم باعتباره سندا قاطعا على وقوع البيع ، ولا يحتاج فى تسجيله إلى تدخل البائع ؛ ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع[2] . بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف فى العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، وذلك بأن يسجل المشترى صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف فى العقار ؛ حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشترى به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ فى حق المشترى . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه من ذلك ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلا حتى تجعلها خاضعة للشهر كدعاوى

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها . وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ، ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ؛ وهل كان له عذر فى هذا الامتناع أو لم يكن . ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩٤ ص ٥٧٧) . ويدخل أيضا بحث ما إذا كان العقد صوريا صورية مطلقة ، إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لاوجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) .

الاستحقاق التي ذكرها صراحة قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣[1] .
وجاء قانون الشهر العقاري مؤيدا للعمل والقضاء ، فنص صراحة كما رأينا في المادة ٢/١٥ على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » ، ورتب على تسجيلها كما جاء في المادة ١/١٧ منه على أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به على هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد يكون حجة على ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة هذه الدعوى[2] .

ودعوى صحة التعاقد ، على الوجه المتقدم الذكر ، أكثر ما ترفع في خصوص مطالبة المشترى بالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ، وهو عقد ناقل للملكية . ولكن لا يوجد ما يمنع من رفعها في خصوص المطالبة بالحكم بصحة ونفاذ أي عقد آخر غير البيع ، سواء كان هذا العقد ناقلا أو منشئا لحق عيني عقاري آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق ، أو كان كاشفا عن حق عيني عقاري . فيجوز رفع الدعوى بصحة ونفاذ عقد المقايضة أو عقد الهبة أو عقد الشركة أو عقد الوفاء بمقابل يكون عقارا أو عقد ينقل حق الانتفاع من المنتفع إلى غيره (بيع حق الانتفاع) ، أو عقد

---

(١) نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ – وانظر الأحكام الأخرى الصادرة من محكمة النقض بعد ذلك في هذا المعنى في الوسيط ٤ فقرة ٢٥٩ ص ٤٥٤ هامش ١ .

(٢) ولكن يجب لذلك التأشير بالحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فلا يكفي تسجيل صحيفة الدعوى وحده ، ولا صدور الحكم بصحة التعاقد إذا لم يؤشر بالحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد ، ولو كان نهائيا ، دون التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل الصحيفة ، لا يترتب عليه نقل الملكية إلى المشترى بل تظل هذه الملكية للبائع ، وبالتالي يعتبر تصرفه إلى مشتر آخر صادراً من مالك . ولا يحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشترى الأول وصدور حكم لصالحه بصحة تعاقده (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٥ ص ٢٩٨) . وانظر أيضا نقض مدنى ١٣ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ .

وانظر في تفصيل دعوى صحة التعاقد : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ – وانظر في دعوى صحة التوقيع واستبعاد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

ينشىء حق ارتفاق ، أو عقد يكشف عن حق الملكية العقارية كعقد القسمة أو عقد الصلح .

ونخلص إذن مما تقدم أن جميع دعاوى صحة التعاقد ، على النحو الذى أسلفناه ، يجب تسجيل صحائفها إذا وقعت على حقوق عينية عقارية ، كما هو صريح نص المادة ٢/١٥ من قانون الشهر العقارى فيما قدمناه .

١٤٦ - *دعوى الاستحقاق العقار* : تنص العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال »[1] .

والأصل فى دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية العقار دون الحقوق العينية الأخرى . ولا تطلق دعوى الاستحقاق (action en revendication) بمعناها المألوف على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بحق عينى عقارى آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن النص سالف الذكر يوجب « تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها » . فهذا النص الواسع يشمل فى نظرنا الدعاوى الآتية :

١ - دعوى الاستحقاق العقارية بمعناها المعروف ، وهى الدعوى التى يطالب فيها بملكية عقار . ولا يقصد هنا بدعوى الاستحقاق هذه الدعوى على اطلاقها ، أى الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على الحائز لاسترداد عقاره . فان هذه الدعوى إذا سجلت وقضى للمالك الحقيقى بملكيته للعقار ، كان الحكم حجة على من اشترى العقار من الحائز ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، لأنه يكون قد اشترى من غير مالك . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على الحائز فى الأحوال التى يكون فيها تصرف الحائز فى العقار نافذاً فى حق المالك ، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع)

الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشترى . فدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجب تسجيل صحيفتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الذى قام به الوارث الظاهر . فاذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتر حسن النية وسجل المشترى عقد شرائه قبل شهر صحيفة دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق فى حق المشترى . أما إذا شهرت صحيفة دعوى الاستحقاق قبل تسجيل البيع الصادر من الوارث الظاهر ، فان الحكم بالاستحقاق يسرى فى حق المشترى من الوارث الظاهر ، ويكون حجة عليه . ودعوى الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشترى منه يجب تسجيل صحيفتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل عقد البيع الصورى . فاذا باع المشترى فى العقد الصورى العقار لمشتر آخر حسن النية ، وسجل هذا المشترى الآخر عقد شرائه قبل شهر دعوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية فى حق المشترى من المشترى بعقد صورى . أما إذا شهرت دعوى الصورية قبل تسجيل البيع الصادر من المشترى فى العقد الصورى ، فان الحكم بالاستحقاق يسرى فى حق المشترى من المشترى بعقد صورى ويكون حجة عليه (١) .

٢ — دعوى استحقاق أى حق عينى آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وتسمى هذه الدعوى بدعوى الإقرار بحق عينى (aeticn confessoire) ، إذا طالب فيها شخص بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقار للغير . فيجب تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، أو التأشير بها على هامش تسجيل سند ملكية الغير المطالب بحق الانتفاع أو حق الارتفاق على عقاره . فاذا أنشأ المالك لهذا العقار نفس حق الانتفاع أو نفس حق الارتفاق لشخص آخر ، وسجل هذا الأخير سند إنشاء حقه قبل شهر صحيفة دعوى الإقرار بالحق العينى وكان حسن النية ، لم يكن الحكم الصادر لمصلحة

---

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٦ هامش ٢ — وقارن حسن كيرة ص ٤١ — أنور سلطان فى البيع فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ — سليمان مرقس فى الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش ٣ — وفى البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ — محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥ .

المدعى فى دعوى الإقرار بالحق العينى حجة عليه . أما إذا شهرت صحيفة الدعوى قبل تسجيل سند الإنشاء ، فان الحكم يكون حجة على من كسب حق الانتفاع أو حق الارتفاق مرة ثانية ولو كان حسن النية .

٣ – وإلى جانب دعوى الإقرار بحق عينى توجد دعوى إنكار الحق العينى (action négatoire) ، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق ، وهذه أيضا يجب تسجيل صحيفتها . فاذا باع مدعى حق الانتفاع هذا الحق لمشتر حسن النية ، أو باع مدعى حق الارتفاق عقاره المرتفق عما له من حق الارتفاق المدعى به لمشتر حسن النية ، وكان مدعى حق الانتفاع أو حق الارتفاق وارثا ظاهرا لحق الانتفاع أو للعقار المرتفق ، فانه إذا سجل البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى إنكار الحق العينى ، لم يكن الحكم فى دعوى إنكار الحق العينى حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق . أما إذا سجلت دعوى إنكار الحق العينى قبل تسجيل البيع ، فان الحكم الصادر فى دعوى إنكار الحق العينى يكون حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق[1] .

١٤٧ – الدعاوى الخاضعة للشهر فى قانون السجل العينى : تنص المادة ٣٢ من قانون السجل العينى على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات » . وتحديد الدعاوى الواجب التأشير بها على الوجه الوارد فى هذا النص لا يخلو من شيء من الغموض .

والأمر المحقق أن « الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى » تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العينى ودعوى الإنكار للحق العينى ، وقد بينا فيما تقدم[2] ما هو المقصود بهذه الدعاوى . ومن ثم يجب أن تتضمن

---

(١) أنظر فى وجوب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة ماقدمناه آنفا فقرة ١٣٢ فى آخرها .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٦ .

الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات ، والتأشير فى السجل بهذه الطلبات بما فيها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل على النحو المتقدم . ونأخذ على سبيل المثال دعوى الاستحقاق. فمن الجائز ، حتى فى نظام السجل العينى ، أن يقيد حق الإرث فى السجل ، ثم يتبين ، بالرغم من الفحص الدقيق الذى يقتضيه هذا النظام ، أن الوارث الذى قيد حقه ليس هو الوارث الحقيقى . ويتقدم الوارث الحقيقى يطالب الوارث الظاهر باستحقاقه للعقار الموروث ، وهذه دعوى إرث أو هى دعوى استحقاق عن طريق الميراث . فيجب فى هذه الحالة أن يضمن الوارث الحقيقى طلب استحقاق العقار طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل الواردة فى قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقى . ويجب فوق ذلك أن يؤشر الوارث الحقيقى بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة فى السجل بشأن قيد حق الإرث ، وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث .

والأمر المحقق أيضا أن الدعاوى المتعلقة « بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها » تشمل دعوى الطعن ببطلان التصرف ، ودعوى الطعن بابطال التصرف ، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغبن لأن هذه كلها دعاوى متعلقة بصحة التصرف . كذلك تشمل الدعوى البولصية ، ودعاوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت فى حق الورثة بما يجاوز ثلث التركة ، لأن هذه الدعاوى متعلقة بنفاذ التصرف . ويجب أيضا أن تشمل دعاوى الفسخ والانفساخ والرجوع فى الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية ، وإن كانت هذه الدعاوى لا تتعلق بصحة التصرف أو نفاذه ، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف فى السجل العينى ، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل . ومن ثم يجب ، فى رأينا ، أن يضمن المدعى فى جميع الدعاوى المتقدم ذكرها — وقد سبق بيانها فيما تقدم[١] — طلباته طلب إجراء التغيير

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٤ .

فى بيانات السجل العينى ، والتأشير بهذه الطلبات جميعا أمام بيانات السجل المراد تغييرها ، وتقديم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى يمكن قبول الدعوى[١].

ويبدو أن قانون السجل العينى يختلف عن قانون الشهر العقارى فيما يأتى : فى قانون الشهر العقارى ، يمكن ألا يشهر المدعى دعواه ويكتفى بشهر الحكم الصادر فى الدعوى ، وفى هذه الحالة لا يسرى الحكم فى حق الغير إلا من وقت شهره لأن صحيفة الدعوى لم تشهر . أما فى قانون السجل العينى ، إذا لم يشهر المدعى دعواه على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، فان الدعوى لا تقبل منه أصلا ، فلا يتمكن بناء على ذلك من الحصول على حكم فى الدعوى[٢]

---

(١) أما دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ العقد) ، فلا تدخل ضمن الدعاوى الواجب قيدها فى السجل العينى ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد ، طبقا لأحكام قانون السجل العينى ، لا يمكن قيده فى السجل ليستغنى به عن المحرر الرسمى . وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإدراج دعوى صحة التعاقد ضمن الدعاوى الواجب قيدها فى السجل العينى . ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة ، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع العرفى منه أو طعن فى صحته فيرفع المشترى دعوى صحة التعاقد ، حتى إذا حصل على حكم لصالحه ، وامتنع البائع مع ذلك من توثيق البيع حتى يمكن قيده فى السجل العينى ، لم يبق أمام المشترى إلا مطالبة بالتعويض (أنظر ما سبق أن قررناه آنفا فى هذا الصدد ص ٣٦١ هامش ٤) .

ويزيد قانون السجل العينى على قانون الشهر العقارى فى أنه تضمن نصا صريحا يعفى بشهر إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقيد الحكم بثبوت الشفعة ، إذ تنص المادة ٣٦ من قانون السجل العينى على ما يأتى : « يجب التأشير باعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية . ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » . وقد قدمنا أن نصا صريحا مثل هذا النص كان يحسن أن يشتمل عليه قانون الشهر العقارى (أنظر آنفا ص ٣٥٥ هامش ٣) .

(٢) وقد عالج قانون السجل العينى الدعاوى واجبة الشهر بموجب نصوصه والتى تكون قد رفعت قبل العمل به دون أن تشهر صحيفة الدعوى فيها ، حتى يجرى عليها أحكامه بأثر رجعى . فنصت المادة ٣٣ من هذا القانون على أن « الدعاوى المشار إليها فى المادة السابقة والتى تكون منظورة أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون ، ولم تسجل صحيفتها ، لا يجوز الاستمرار فى النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل ، وبعد التأشير فيه بمضمون هذه الطلبات . ويمنح المدعون فى هذه الدعاوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير ، فاذا لم تقدم فى أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقف الدعوى » .

§ ٢ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر

١٤٨ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانون الشهر العقارى :

يجب التمييز فى هذا الصدد بين دعاوى الطعن فى التصرفات (وجودا أو صحة أو نفاذا) ودعاوى الاستحقاق من جهة ، ودعاوى صحة التعاقد من جهة أخرى .

فأما دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق ، فتشهر بأحد طريقين : (١) بطريق التأشير فى هامش تسجيل التصرفات المطعون فيها فى حالة دعاوى الطعن فى التصرفات ، أو فى هامش تسجيل سند المدعى عليه فى حالة دعاوى الاستحقاق (١) ، وذلك إذا كان التصرف المطعون فيه أو سند المدعى عليه مسجلا . (٢) فإذا لم يكن التصرف أو السند مسجلا ، كان شهر صحيفة الدعوى عن طريق تسجيلها استقلالا ، إذ لم يعد التأشير بها ممكنا . وتنص المادة ١/١٥ و٢ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، على أنه « يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى . . فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال . . . » .

وأما دعاوى صحة التعاقد ، فلا يكون شهرها إلا بطريق تسجيل صحائفها استقلالا ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى : « . . . كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » .

والسبب فى هذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تسجيلها ، فيكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هذه الحقوق قد سجلت ، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل . أما دعاوى صحة التعاقد

---

(١) أنظر فى التفصيلات المتعلقة بالتأشير بصحيفة دعوى الاستحقاق آنفا فقرة ١٤٦ .

فتنصب ، لا على تعديل حقوق سابقة ، بل على تصرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد ، فيجب تسجيلها استقلالا .

ويخلص من ذلك أن الدعاوى الخاضعة للشهر يكون شهرها بطريق التأشير فى حالات معينة ، وبطريق التسجيل فى حالات أخرى . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة » . والسبب فى ذلك هو عدم تمكين المدعى من شهر الدعوى إلا بعد أن يثبت أنه جاد فى رفع دعواه ، بأن يقيد الدعوى بجدول المحكمة ويعلنها (١) قبل شهر صحيفتها . ولو لم يوجب القانون قيد الدعوى وإعلانها قبل شهر صحيفتها ، لأمكن المدعى أن يشهر صحيفة الدعوى ثم لا يعلنها . فتبقى هذه الدعوى سيفا معلقا يهدد المدعى عليه ، مما يستتبعه شهر صحيفتها من تقييد حريته فى التصرف فى العقار محل النزاع ، إذ لا يقدم أحد على التعامل معه فى هذا العقار إلا وهو يحسب حساب الدعوى التى شهرت صحيفتها . ويقف المدعى عند شهر صحيفة الدعوى ، فلا هو كف عن هذا الشهر حتى

---

(١) ورد فى المادة ١٥/٣ من قانون الشهر العقارى كما رأينا : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة » . فقدم النص إعلان صحيفة الدعوى على قيدها بجدول المحكمة . وقد كان هذا صحيحا فى تقنين المرافعات قبل تعديله ، إذ كانت المادة ٧٥/١ من هذا التقنين قبل التعديل تنص على أنه « على المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلنة أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بجدول المحكمة فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر » . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يعدل كثيراً من نصوص تقنين المرافعات ، ومنها المادة ٧٥ سالفة الذكر ، فأصبحت الفقرتان الأولى والثانية منها بجريان على الوجه الآتى : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها » . فأصبح قيد الدعوى بجدول المحكمة ، بموجب هذا النص المعدل ، يسبق إعلانها . ولذلك وردت الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ، المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى ، على الوجه الآتى : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد قيد الدعوى بجدول المحكمة وإعلانها » .

لا يقيد حرية المدعى عليه فى التصرف ، ولا هو مضى فى الدعوى إلى أن يبت فيها ويتبين مصيرها .

وطريق آخر فتحه المشرع للمدعى عليه يعالج به رفع المدعى للدعاوى الكيدية ، وشهر صحائفها تعنتا وتعسفا . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « كذا للطرف ذى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) محو التأشير أو التسجيل المشار إليه فى المادة الخامسة عشرة ، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى تأشر بها أو سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدى محض »(١) . فيجوز إذن للمدعى عليه ، وكذلك لدائنه لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن ، أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير بصحيفة الدعوى أو محو تسجيلها إذا أثبت أن هذه الدعوى دعوى كيدية محضة ، الغرض منها غل يد المدعى عليه عن التصرف فى عقاره ، أو غل يد دائنه عن التنفيذ على هذا العقار .

والتأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ليس إلا إجراء تمهيديا يراد به التحضير للتأشير بمنطوق الحكم النهائى الذى يصدر فى هذه الدعوى . فاذا ما صدر الحكم النهائى لصالح المدعى فى الدعوى التى شهرت صحيفتها ، كان على هذا الأخير أن يؤشر بمنطوق هذا الحكم فى ذيل التأشير بصحيفة الدعوى إذا كانت هذه الصحيفة قد أشر بها ، أو فى هامش تسجيل الصحيفة إذا كانت قد سجلت . وتنص المادة ١٦ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى على أن « يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها »(٢) .

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المشروع) ، إلا أن نص المشروع أدق إذ يقول « كذلك لذى الشأن » بدلا من عبارة « كذا للطرف ذى الشأن » الواردة فى نص قانون الشهر العقارى الحالى ، وواضح أن العبارة الأولى أدق فهى تتسع لتشمل المدعى عليه والدائن وكل ذى شأن آخر .

(٢) بقى هذا النص على حاله فى الفقرة الأولى من المادة ١٤ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق . وأضيف فى المشروع إلى المادة ١٤ هذه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها ، الصادرة فى دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، عقب تسجيل هذه الأحكام » . ويتبين من هذا النص أن الحكم النهائى فى دعاوى الاستحقاق وفى دعاوى صحة التعاقد يجب تسجيله استقلالا ، ولا يكتفى بالتأشير به . بل إن التأشير به لا يجوز إجراؤه إلا بعد أن يتم تسجيل الحكم .

١٤٩ – كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانون السجل العينى :
رأينا أن المادة ٣٢ من قانون السجل العينى تنص على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات[1] » . ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى الواجبة الشهر فى قانون السجل العينى يستوجب خطوات ثلاثا :

أولا – تضمين الطلبات الواردة فى صحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات . فاذا كانت الدعوى مثلا بطلب بطلان عقد ، وجب أن تتضمن الطلبات طلبا بمحو القيد الخاص بهذا العقد فى السجل العينى . فاذا ما خلت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه ، رجع العقار إلى ملك المدعى بموجب القيد السابق على القيد المحكوم بمحوه ، ويعتبر القيد الممحو كأن لم يكن .

ثانيا – التأشير فى السجل العينى بمضمون الطلبات فى الدعوى ، بما فيها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى على النحو سالف الذكر .

ثالثا – تقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر ، ولا يجوز قبول الدعوى إلا بتقديم هذه الشهادة .

وبعد هذه الخطوات الثلاث يسار فى نظر الدعوى ، بعد أن تكون صحيفتها قد شهرت[2] ، إلى أن يبت فيها بحكم نهائى .

ويجب أن يؤشر فى السجل العينى بمنطوق هذا الحكم النهائى ، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون الشهر العقارى على أن « يؤشر فى السجل العينى بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى الدعاوى المبينة فى المادة السابقة » .

١٥٠ – ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر فى قانون الشهر العقارى :
تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٧ .

(٢) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون السجل العينى على ما يأتى : « وكذلك لذى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) محو التأشير المشار إليه فى المادة ٣٢ (التأشير بمضمون الطلبات فى الدعاوى واجبة الشهر) ، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى أشر بها لم ترفع إلا لغرض كيدى محض » .

المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما »(١).

ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى السابق ذكرها يكون حجة على الغير ، والغير هنا هو من ترتب له حق عينى على العقار محل الدعوى وقام بشهره طبقا للقانون . فاذا فرض أن عقارا بيع وأن عقد البيع سجل ، ثم رفع البائع دعوى بفسخ البيع ، فقد قدمنا أنه يجب أن يؤشر على هامش تسجيل البيع بصحيفة دعوى الفسخ . فاذا تصرف المشترى فى العقار بأن رهنه مثلا ، وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل صدور الحكم فى دعوى الفسخ ، ثم صدر الحكم بفسخ البيع وللفسخ أثر رجعى إذ يعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن كما هو معروف ، فهل يحتج بفسخ البيع على الدائن المرتهن فيعتبر أنه قد ارتهن من مالك قد فسخ عقده أى من غير مالك فيكون الرهن باطلا ؟ هنا يجب التمييز بين حالتين :

---

(١) يقابل هذا النص المادة ١٥ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى و التوثيق، وتجرى على الوجه الآتى : « ١ – يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الثالثة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ٢ – على أنه إذا تم شهر هذا الحكم بعد خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، فلا يكون حجة إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة للأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ العمل به . ٣ – ولايكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . وقد زاد المشروع الجديد الفقرة الثانية يستحث بها شهر الحكم ، بحيث إذا لم يشهر فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، لم يكن حجة على الغير إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر ، بدلا من أن تنسحب حجيته إلى الماضى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى فيما إذا شهر فى خلال الخمس السنوات . والمشروع الجديد يتمشى فيما استحدثه من هذا مع قانون السجل العينى (م ٣٥ من هذا القانون وسيأتى بيانها فيما يلى فقرة ١٥١) .

ولكن يلاحظ أن الفقرة الثالثة من المشروع الجديد أصبحت بهذه الإضافة المستحدثة ناقصة ، وكان الواجب أن تكون على الوجه الآتى : « ولايكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما فى الفقرة الأولى ، أو قبل شهر الحكم المشار إليه فى الفقرة الثانية » .

(الحالة الأولى) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حق الرهن بعد شهر دعوى الفسخ ، أى بعد التأشير بصحيفة الدعوى على هامش تسجيل البيع وفى هذه الحالة يكون الحكم بفسخ البيع حجة عليه ، فيسترد البائع العقار بعد فسخ البيع خاليا من الرهن . ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن سيء النية أو حسن النية ، فلو أنه كان لا يعلم وقت أن ارتهن العقار أن هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع أى لو أنه كان حسن النية ، فان الحكم بالفسخ يكون مع ذلك حجة عليه . ذلك لأن شهر صحيفة الدعوى يفرض معه فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن كان يعلم ، أو كان ينبغى أن يعلم ، بسبق رفع دعوى الفسخ ، إذ كان من الواجب عليه قبل أن يقدم على ارتهان العقار أن يبحث فى سجلات الشهر العقارى فيجد أن صحيفة دعوى الفسخ قد شهرت . ويلاحظ أن شهر الحكم النهائى بالفسخ على الوجه الذى قدمناه[1] يكون على هذا النحو له أثر رجعى ، فان هذا الحكم يحتج به على الدائن المرتهن ، لا من وقت شهره فحسب ، بل أيضا من وقت شهر صحيفة الدعوى بالفسخ التى صدر فيها هذا الحكم ، أى من وقت متقدم على الوقت الذى شهر فيه الحكم . وهذا الأثر الرجعى هو الأمر الجوهرى المقصود بشهر صحيفة الدعوى ، فما تطلب القانون شهر صحيفة الدعوى إلا ليجعل لشهر الحكم الصادر فى هذه الدعوى أثرا رجعيا ينسحب إلى وقت شهر الدعوى . فمنع القانون بهذه الطريقة المدعى عليه ، عند ما ترفع عليه الدعوى ، من أن يندفع إلى التصرف فى العقار قبل صدور الحكم النهائى إذا توقع أن هذا الحكم سيصدر لغير صالحه . وذلك بأن أوجب شهر صحيفة الدعوى حتى يكون الشهر حجة على من يتصرف له المدعى عليه ، وجعل لشهر الحكم النهائى أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، فيصبح الحكم حجة على الغير الذى تصرف له المدعى عليه .

(الحالة الثانية) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد الرهن قبل شهر دعوى الفسخ . فى هذه الحالة لا يكون الحكم النهائى بالفسخ ، حتى لو شهر ،

---

(١) أنظر آنفا ص٤٠٩ .

حجة عليه ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشترى بعد فسخ البيع محملا بحق الرهن . ولكن يشترط فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن وقت أن ارتهن العقار حسن النية ، أى لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم أن هناك سببا لفسخ البيع ويعتقد أن ملكية المشترى الراهن ملكية باتة لا عيب فيها ولا تقبل النقض[1] . فاذا كان سىء النية يعلم بعيب فى ملكية المشترى أو أنها ملكية معرضة للفسخ ، كان الحكم النهائى بالفسخ إذا شهر حجة عليه فيزول حق الرهن بحكم الأثر الرجعى للفسخ ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشترى خاليا من الرهن .

وإذا فرض أن الدعوى المرفوعة ، بدلا من دعوى الفسخ ، هى دعوى صحة التعاقد (مثلا دعوى صحة ونفاذ البيع) وشهر المشترى صحيفة الدعوى ، فاذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية وسجل المشترى الثانى عقده بعد شهر صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع ، فان الحكم النهائى الذى يصدر فى الدعوى متى سهر يكون حجة على المشترى الثانى كما سبق القول فى الحالة الأولى . أما إذا سجل المشترى الثانى عقده قبل شهر صحيفة الدعوى ، فان

(١) كانت المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى تنص فى فقرة ثالثة على ما يأتى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ بحذفها تصحيحا للنص (الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١) .

وتنص المادة ١٠٣٤ مدنى على أنه « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقا للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، فيفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يكون سىء النية إذا كان قد قيد رهنه بعد شهر صحيفة دعوى الفسخ كما سبق القول ، وذلك للتوفيق ما بين النصين (الوسيط ٤ فقرة ٤١٠ ص ٨٢٩ — وانظر أيضا الوسيط ١ فقرة ٣٤١ وفقرة ٤٧٩) .

والغير الذى كسب حقه وشهره قبل شهر صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب هذا الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل ، لأن الشهر لا يمكن أن يرتب للعقد الصورى ولا للعقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له قبل الشهر ، فيقف فى مضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١ والأحكام المشار إليها فيه) . وانظر أنور سلطان فى البيع الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ١٧٥ ص ٢١١ — حسن كيرة ص ١٣ .

الحكم النهائى الصادر فى دعوى صحة التعاقد . حتى لو شهر ، لا يكون حجة عليه ، بشرط أن يكون حسن النية . وحسن النية هنا ليس معناه مجرد عدم علم المشترى الثانى يسبق صدور بيع من البائع ، فان المشترى الثانى فى دعوى صحة التعاقد لا يكون سىء النية إذا سبق إلى التسجيل ، ولا يكون تسجيله باطلا ، إلا إذا كان متواطئا مع البائع للإضرار بالمشترى الأول(١) . وقد قدمنا أن التسجيل فى قانون الشهر العقارى لا يبطله إلا التواطؤ (٢) .

١٥١ — مايترتب على شهر الدعاوى من أثر فى قانون السجل العينى :

تنص المادة ٣٥ من قانون السجل العينى على أنه « يترتب على التأشير بالدعاوى فى السجل العينى أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعاوى فى السجل . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى الأحكام

(١) ويجب التمييز بين تحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعاوى الطعن فى التصرف (كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال) ودعاوى الاستحقاق ، وتحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعاوى صحة التعاقد . وبعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على الوجه السابق بيانه (أنظر آنفا ص ٤١٣ هامش ١) ، وهى الفقرة التى كانت تحدد معنى حسن النية ، أصبح القضاء حراً فى تحديد هذا المعنى فى الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها . فحسن نية المشترى بالنسبة إلى دعاوى الطعن فى التصرف ودعاوى الاستحقاق يجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشترى معه فى دعاوى الطعن فى التصرف ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتا فى دعاوى الاستحقاق . أما فى دعاى صحة التعاقد ، فلا يصح أن يكون مجرد علم المشترى الثانى بسبق تصرف البائع فى العقار نافيا لحسن نيته . فالتصرف السابق غير مسجل ولايزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشترى الثانى أن يشتريه من المالك ولوسبق للمالك التصرف فيه ، فقد يكون هذا التصرف معيبا ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وإنما يكون المشترى الثانى سىء النية إذا تواطأ مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول ، بأن أقدم على الشراء وهو عالم بالبيع الأول متواطئا فى ذلك مع البائع ، وبادر إلى تسجيل عقده قبل أن يتمكن المشترى الأول من شهر صحيفة دعواه بصحة ونفاذ البيع الأول . أنظر فى ذلك ما قدمناه فى الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ — ص ٥٥٠ — شفيق شحاتة فقرة ١٩٦ . وانظر فى مجاوزة واضعى قانون الشهر العقارى للغرض الذى قصدوا إليه عندما نقلوا المادة ٢/١٧ من قانون الشهر العقارى من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ : الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٣٧٢ — وقارن حسن كيرة ص ١٤ — ص ١٥ .

النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار ». ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يؤشر بالحكم النهائى الصادر فى الدعوى التى شهرت صحيفتها فى السجل العينى فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا(١) . وفى هذه الحالة يكون الحكم النهائى حجة على الغير ، ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل العينى ، بأثر رجعى ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فاذا كانت الدعوى يطالب فيها البائع بفسخ بيع عقار صادر منه ومقيد فى السجل العينى ، وكان المشترى قد رتب رهنا على هذا العقار ، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق رهنه فى السجل العينى ، فان الحكم النهائى الصادر بفسخ البيع إذا أشر به فى السجل يستند أثره إلى الماضى أى إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية ، فيزول الرهن ، ويسترد البائع من المشترى العقار خاليا من هذا الحق . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه فى السجل

---

(١) والأحكام التى صدرت أو تصدر قبل العمل بقانون السجل العينى ، والتى لم تكن قد أشر بها طبقا لأحكام قانون الشهر العقارى التى صدرت أو تصدر هذه الأحكام فى ظله ، ينسحب عليها قانون السجل العينى بأثر رجعى ، وبوجب هذا القانون التأشير بها فى خلال خمس سنوات ، لامن وقت صيرورتها نهائية والإكان فى ذلك عنت لامبرر له إذ يحتمل أن يكون قد انقضى هذا الميعاد أو كاد ينقضى وقت العمل بقانون السجل العينى ، بل من وقت العمل بقانون السجل العينى . فيكون أمام من صدرت هذه الأحكام لمصلحتهم خمس سنوات كاملة للتأشير بهذه الأحكام ، ويتساوون بذلك مع من تصدر أحكام لمصلحتهم منذ العمل بقانون السجل العينى فهؤلاء أمامهم أيضا خمس سنوات كاملة منذ صيرورة الأحكام نهائية للتأشير بها .

ويلاحظ أن من صدرت أحكام لمصلحتهم فى ظل قانون الشهر العقارى كان لهم ، بموجب أحكام هذا القانون الأخير ، أن يؤشروا بأحكامهم فى أى وقت ولوبعد انقضاء خمس سنوات ، فينسحب أثر التأشير بالحكم إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فاذا ما أدركهم قانون السجل العينى ولم يكونوا قد أشروا بأحكامهم ، لا يصبح أمامهم إلا خمس سنوات منذ نفاذ قانون السجل العينى للتأشير بأحكامهم . فان انقضى هذا الميعاد دون أن يؤشروا بهذه الأحكام ، ثم أشروا بها بعد ذلك ، فان أثر التأشير لا ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، بل لا يكون للتأشير أثر إلا من وقت التأشير بالحكم .

العينى قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بالفسخ ، حتى لو أشر به فى السجل العينى ، لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من المشترى العقار محملا بهذا الحق . وهنا ، فى قانون السجل العينى بخلاف قانون الشهر العقارى ، لا يشترط أن يكون الدائن المرتهن حسن النية حتى يظل حق رهنه قائما . فما دام هذا الدائن قد قيد حق رهنه فى السجل العينى قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان لقيد حقه حجية مطلقة لا يزيلها سوء النية بل ولا التواطؤ ، فيبقى حقه قائما يحتج به على البائع حتى بعد صدور حكم نهائى بفسخ البيع وبعد استرداد البائع العقار المرهون من تحت يد المشترى ، فيسترده مثقلا بحق الرهن .

(الحالة الثانية) أن يؤشر بالحكم النهائى الصادر فى الدعوى التى شهرت صحيفتها فى السجل العينى ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا . وفى هذه الحالة لم يرد المشرع فى قانون السجل العينى أن يمنح من صدر الحكم لصالحه الميزة التى منحها له فيما لو أشر بالحكم فى خلال الخمس السنوات ، فسكت عن أن يجعل للتأشير بالحكم أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، وذلك جزاء له على تأخره فى التأشير بالحكم ، وحثا لمن صدرت أحكام لمصلحتهم على ألا يتأخروا عن التأشير بها أكثر من خمس سنوات . ومن ثم تسرى القواعد العامة فى هذه الحالة ، ولا ينتج التأشير بالحكم — ونفرضه حكما بفسخ البيع — أثره إلا من وقت التأشير به فى السجل العينى ، دون أثر رجعى يستند إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ . وعلى ذلك إذا ترتب حق رهن مثلا على العقار ، وقيد الدائن المرتهن حقه فى السجل العينى بعد التأشير بحكم الفسخ ، كان الحكم حجة على هذا الدائن وزال حق رهنه بفسخ البيع ، واسترد البائع من تحت يد المشترى العقار خاليا من هذا الرهن . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ ، ولو بعد رفع دعوى الفسخ ، بل ولو بعد شهر صحيفة هذه الدعوى ، فان التأشير بالحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، حتى لو كان سيء النية أى كان يعلم وقت أن ارتهن العقار أن

هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع ، بل ولو كان متواطئا مع المشترى . فيبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من تحت يد المشترى العقار المرهون مثقلا بهذا الحق . ذلك أن قيد الرهن فى السجل العينى له حجية مطلقة كما قدمنا لا يزيلها سوء النية ولا التواطؤ ، ثم إن البائع لم يؤشر بحكم الفسخ إلا بعد خمس سنوات من صيرورة الحكم نهائيا ، فيكون قيد الرهن حجة عليه إلى وقت التأشير بالحكم ، حتى لو كان قد شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل ذلك .

المبحث الثانى

إجراءات الشهر

المطلب الأول

إجراءات الشهر فى قانون الشهر العقارى

١٥٢ – تحرير الموضوع : نوجز القول فى إجراءات الشهر فى قانون الشهر العقارى ، فهى إجراءات تغلب فيها الناحية العملية ، ويرجع فيها إلى ما جرى عليه العمل فى مكاتب الشهر العقارى وهو ما يضيق عنه هذا الكتاب .

ونستبعد من بحثنا : (١) تنظيم مكاتب الشهر ، ويمكن الرجوع إلى قانون الشهر العقارى (فى الباب الأول منه) للإلمام بهذا التنظيم[1] .

---

(١) أنشأ قانون الشهر العقارى مكاتب للشهر العقارى فى المديريات والمحافظات ، يعين بمرسوم دائرة اختصاص كل منها ، وتتولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها أو بقيدها . ويلحق بكل مكتب مأموريات ، يعين بقرار من وزير العدل اختصاص كل منها . وأنشأ القانون مكتبا رئيسيا مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام ، ويتولى إدارة مكاتب الشهر العقارى ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات التى شهرت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها . وتقوم مكاتب الشهر بإثبات المحررات فى دفاتر الشهر والتأشير عليها بما يفيد شهرها ، وبتصوير المحررات التى يطلب شهرها ، وبحفظ أصول المحررات التى تشهر وموافاة الجهات المختصة بصور منها ، وبإعداد فهارس المحررات التى تشهر ، وبالتأشيرات الهامشية وإرسال صور منها للمكتب الرئيسى ، وبإعطاء الصور التى تطلب من المحررات التى تم شهرها ، وبالترخيص فى الإطلاع والكشف النظرى . ونص القانون على صدور مرسوم بلائحة تنفيذية تشتمل على تنظيم دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وعلى التنظيم الداخلى لمكاتب الشهر العقارى

(٢) إجراءات قيد الحقوق العينية التبعية (فى الباب الخامس من قانون الشهر العقارى) ، لأن الكلام فيها يكون عند الكلام فى التأمينات العينية فى الجزء العاشر من الوسيط . (٣) إجراءات شهر حق الإرث (فى الباب السادس من قانون الشهر العقارى) ، فقد سبق بيانها(١) . (٤) وقد مضى القول فى المحررات الواجب شهرها (فى الباب الثانى من قانون الشهر العقارى) ، وهو ما قدمناه فى المبحث الأول . أما الباب السابع والأخير من قانون الشهر العقارى ، فيعرض لأحكام وقتية ، سيأتى بيان بعضها فى موضعه .

فلا يبقى من أبواب قانون الشهر العقارى إلا بابان : الباب الثالث فى إجراءات الشهر بوجه عام . والباب الرابع فى التأشيرات الهامشية . ونقتصر – فى إيراد إجراءات الشهر موجزة – على هذين البابين . ويتبين من الرجوع إليهما أن هناك مسائل أربعا تستوجب البحث : (١) طلب الشهر والتأشير عليه بقبول إجراء الشهر . (ب) مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر . (حـ) توقيع المحرر وعملية التسجيل . (د) التأشير الهامشى .

والمأموريات وسير العمل فيها . وقد صدر هذا المرسوم فعلا باللائحة التنفيذية فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ .

أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق فينشىء فى كل محافظة مكتبا للشهر العقارى والتوثيق ، وتتبع هذه المكاتب مصلحة الشهر العقارى والتوثيق . ويلحق بكل مكتب مأموريات للشهر والتوثيق ، يعين بقرار من وزير العدل دائرة اختصاص كل منها . وتتولى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق إدارة مكاتب الشهر العقارى والتوثيق ومراقبتها ، وحفظ صور المحررات التى شهرت أو وثقت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها . واختصاصات مكاتب الشهر العقارى فى المشروع مماثلة تقريبا لاختصاصات هذه المكاتب فى قانون الشهر العقارى .

وتنشىء المادة ٣ من قانون الشهر العقارى مجلس للشهر العقارى – رئيسه الأمين العام وأعضاؤه ستة يعينون بقرار من مجلس الوزراء لمدة ثلاث سنوات يكون من بينهم من يمثل جهة القضاء ومصلحة المساحة وبيوت الائتمان العقارى – تعرض عليه مشروعات القوانين واللوائح والقرارات والمنشورات المتعلقة بالشهر العقارى ، وله اقتراح ما يرى إدخاله على نظام الشهر من تعديلات ، وبحث ما يقدم إليه من اقتراحات فى هذا الشأن . وقد ألغى المشروع الجديد هذا المجلس ، إذ لم يشر إليه فى نصوصه .

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٨ وفقرة ٧٠ .

١٥٣ ــ طلب الشهر والتأشير عليه بقبول الشهر : يقدم طلب الشهر ، من أصل وصورتين ، للمأمورية التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها ، موقعا عليه من صاحب الشأن[١] أو من يقوم مقامه قانونا كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم[٢] . ويجب أن يشتمل ، فضلا عما يتطلبه القانون فى أحوال خاصة ، البيانات الآتية : (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته[٣] واسم أبيه وجده لأبيه . ويجب أن يتبين صفة مقدم الطلب . كما فى حالة قيام وكيل أو وصى أو قيم باجراء الشهر ، ويرفق بالطلب التوكيل أو قرار المحكمة أو أى مستند آخر يفيد هذه الصفة . (ثانيا) البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه وحدوده ومساحته ، فان كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد . وإذا اقتضى التصرف تغييرا فى دفاتر المكلفة ، وجب أن يتضمن الطلب بيانا عن رقم المكلفة الخاصة بالعقار وسنتها واسم صاحب التكليف حسبما هو ثابت فى آخر ورد للمال أو قسيمة العوايد أو من واقع مستخرج رسمى من دفاتر المكلفات . ويقرن الطلب بما يؤيد بيانات التكليف من مستندات ليتسنى للمأمورية مراجعتها واتخاذ اللازم نحو إجراء التغيير فى دفاتر المكلفات ، حتى تكون كاشفة عن جميع التطورات التى طرأت على الملكية العقارية . ويجب أيضا أن يتضمن الطلب بيان الحقوق العينية المقررة على العقار ، وعلى الأخص ارتفاقات الرى والصرف .

---

(١) وليس من الضرورى أن يوقع الطلب جميع أصحاب الشأن فى المحرر ، بل يكفى توقيع أحد أطراف التعاقد ، المتصرف أو المتصرف إليه إذا كان الطلب يتعلق بعقد أو إشهاد . وفى غير ذلك من المحررات ، كصحف الدعاوى والأحكام ، يكفى أن يوقع الطلب من كان المحرر لصالحه .

(٢) أنظر العبارة الأخيرة من المادة ١٩ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق .

(٣) ويصح الاكتفاء بذكر محل الإقامة المختار ، فيصبح كل إخطار يوجه إلى صاحب الشأن فيه صحيحا وملزما قبل مصلحة الشهر العقارى .

(ثالثا) بيان موضوع المحرر المراد شهره ، وبيان المقابل (من ثمن أو بدل) أو مقدار الدين (فى حالة الرهن) إن وجد . (رابعا) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العينى محل التصرف ، وذلك فى العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد[1] . ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العينى السابق ، وطريق انتقال الملكية أو الحق العينى إليه ، ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان قد شهر . ويقرن الطلب بالأوراق والمستندات المؤيدة لهذه البيانات[2] . ولا يقبل من المحررات ، فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العينى ، إلا المحررات الآتية : (١) المحررات التى سبق شهرها ، ففى حالة تلقى البائع أو الراهن الملكية بعقد أو حكم سبق شهره يكتفى بتقديمه . (٢) التصرفات التى تتضمن تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت تم قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ تاريخ العمل بقانون الشهر العقارى ، والمقصود بذلك الوصية لأنها لم تكن خاضعة للشهر قبل هذا التاريخ . ويشترط أن تكون الوصية قد تمت ، ومات الموصى ، وقبلها الموصى له ، قبل أول

---

(١) وقد اعتبر الحكم بصحة التعاقد مجرد إثبات لحصول التعاقد ، فلا يعفى طالب الشهر من تقديم جميع المستندات التى يقدمها صاحب الشأن فى العقود والإشهادات غير المتنازع عليها لم تقتض استصدار حكم بصحة التعاقد . ولو سمح بشهر حكم صحة التعاقد دون مراجعة ، لأمكن من يشاء التحلل من تقديم المستندات المثبتة لأصل حق الملكية أن يتوطأ مع المتعاقد الآخر على إقامة دعوى بصحة التعاقد ، ثم شهر الحكم الذى يصدر دون تقديم المستندات .

هذا وقد زادت المادة ٢١ (سادسا) من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ، على العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد ، ماياتى : « أحكام القسمة ، وأحكام تثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الالتزام أو على التسليم للمدعى بطلباته ، وكذلك توثيق الصلح بين الخصوم أو إثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة ، وأوامر الإختصاص » . وذلك حتى لا تشهر أحكام يحتمل أن يكون الخصوم قد تواطؤوا على استصدارها ، وحتى يقضى على كل محاولة فى الاستيلاء على أملاك الغير عن طريق هذا التواطؤ .

(٢) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١٩) على أن تقدم طلبات الشهر « على النموذج المعد لذلك فى مقابل رسم قدره خمسون مليما لكل وحدة » . وأريد بوضع نموذج لطلب الشهر التيسير لجمهور المتعاملين فى أن يعرفوا ما يجب أن يتضمنه الطلب من البيانات وما يجب تقديمه من المستندات ، فيمكن الطالب أن يعتمد على نفسه فى إعداد الطلب . وقد أعد أيضا مشروع قانون بتنظيم مهنة الوساطة فى أعمال الشهر ، بحيث لا يتولاها إلا من يجيدها ويكون معروفا بحسن الخلق فلا يستغل الجمهور .

يناير سنة ١٩٤٧ ، فلا عبرة إذن بتاريخ تحرير الوصية ، ولا بتاريخ وفاة الموصى ، بل العبرة بانتقال الملكية إلى الموصى له قبل هذا التاريخ . (٣) المحررات التي ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، لأن الملكية كانت تنتقل قبل هذا التاريخ فيما بين المتعاقدين بغير تسجيل ، فالعقد الذي ثبت تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ يعتبر في حكم العقد المسجل من حيث انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين . ويشترط أن يكون ثبوت التاريخ عن غير طريق وجود ختم أو توقيع لإنسان توفى ، فقد شوهد من استقراء الحوادث أن كثيرا من المتعاملين يلجأون إلى إثبات تاريخ عقود غير ثابتة التاريخ عن طريق ختمها بختم إنسان توفى قبل سنة ١٩٢٤ وترك ختمه بعد وفاته ، أو عن طريق تزوير توقيعه على هذه العقود [1] . (٤) المحررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على سنة ١٩٢٤ ، إذا كان قد أخذ بها في محررات تم شهرها أو نقل التكليف بموجبها لمن صدرت لصالحه . فما دام العقد غير ثابت التاريخ قد اعتبر مستندا لأصل الملكية في محرر تم شهره أو نقل التكليف بموجبه ، فقد وجب أن يعتبر مستندا لأصل هذه الملكية في ظل قانون الشهر العقارى . وقد أضافت المادة ٥٥ من هذا القانون (في أحكامه الوقتية) ، إلى المستندات التي تعتبر أصلا للملكية ، المحررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على أول يناير سنة ١٩٢٤ ، إذا كان المحرر الذي يراد شهره قد تم توقيعه أو التصديق على الإمضاءات فيه أو صدر بشأنه حكم بصحة التعاقد أو التوقيع قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . ذلك لأن المحرر المراد شهره يكون في هذه الحالة قد تمت مراجعته نهائيا طبقا لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، وأشر عليه من قلم استعلام المساحة بختم « نظر » وسدد عنه الرسم ،

---

(١) وقد صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأن يستبعد من طرق إثبات التاريخ وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى قبل سنة ١٩٢٤ في المحررات المقدمة مستنداً لأصل ملكية المتصرف ، وقد سار قانون الشهر العقارى على هذا المبدأ .

وتم توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه . فلا يسرى عليه قانون الشهر العقارى[1] .

ويدون الطلب « بدفتر أسبقية الطلبات »[2] ، مع ذكر تاريخ وساعة تقديمه للمأمورية . فاذا قدم للمأمورية طلبان متعارضان أو أكثر فى شأن عقار واحد ، كما لو باع شخص عقارا مرتين وتقدم المشتريان بطلبين للشهر يسبق إحداهما الآخر بوقت معين ، وجب بحث الطلب الأسبق مع وقف الطلب أو الطلبات اللاحقة إلى أن يتم التصرف فى الطلب الأول . فاذا كان الطلب الأول تام الإجراءات ، بحث وسلم إلى صاحبه . ثم يبحث الطلب الثانى المزاحم ، ولا يسلم إلى صاحبه إلا بعد انقضاء فترة على تسليم الطلب الأول تساوى الفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما فى دفتر

---

(١) أنظر فى التعليمات التى أصدرتها مصلحة الشهر العقارى فيما إذا كان أصل الملكية هو التملك بالتقادم الطويل : محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٨٠ – ص ٨٢ – وقد قنن المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ما جرى عليه العمل فى هذا الصدد فيما استحدثه من نصوص فى آخر المادة ٢٣ منه على الوجه الآتى : « وإذا ثبت أن أصل الملكية أو الحق العينى لا يستند أساسا إلى محرر ما يعتبر مقبولا لذلك ، أو ثبت وجود هذا المحرر وتعذر تقديمه ، فيكتفى بتقديم كشوف رسمية من دفاتر التكليف تثبت ورود العقار فى تكليف المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب بالنسبة للأرض الزراعية وابتداء من سنة ١٩٢٣ بالنسبة للعقارات المبنية الكائنة فى المدن المربوطة بعوايد المبانى ، بشرط أن يكون التكليف الحالى باسم الصادر منه التصرف أو مورثه تعزز فى الحالتين بمحضر فى الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب . على أنه يكتفى ، بالنسبة للعقارات الكائنة فى سكنات القرية المعفاة من الضرائب فى الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه ابتداء من سنة ١٩٢٣ حتى تاريخ تقديم الطلب . واستثناء من أحكام الفقرة الأولى ، إذا تبين أن المحرر المقدم لإثبات أصل الملكية أو الحق العينى يتعارض مع مستند المالك الحقيقى ، فلا يقبل هذا المحرر فى إثبات الغرض المشار إليه » .

(٢) ويبين فى هذا الدفتر مراحل العمل بالطلبات والمشروعات (أنظر م ٢٠ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق وهى تتمشى مع المادة ٢/٤٧ من قانون السجل العينى) . وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الشهر العقارى (المعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٠) على أن « يؤدى رسم قدره خمسون قرشا عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب . وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد ، وأدى عنه الرسم المطلوب » .

أسبقية الطلبات ، بحيث لا تجاوز الفترة سبعة أيام . أما إذا كان الطلب الأول ينقصه بعض البيانات أو المستندات ، فإنه تحدد لصاحب الشأن أجل لاستيفاء النقص لا يجاوز خمسة عشر يوما . فاذا استوفى النقص فى الميعاد ، فحص الطلب وسلم لصاحبه ، وتجب انقضاء الفترة اللازمة قبل تسليم الطلبات اللاحقة لأصحابها . أما إذا لم يقم صاحب الشأن باستيفاء النقص فى الميعاد المحدد ، رفع رئيس المأمورية الأوراق إلى أمين مكتب الشهر الذى تتبعه المأمورية فيقرر أمين المكتب إما سقوط أسبقية الطلب الأول ويجب أن يكون هذا القرار مسببا ، أو وقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا كان تخلف صاحب الطلب الأول عن استيفاء النقص لا يرجع إلى تقصير منه[1] .

---

(١) ويستطيع من قرار أمين المكتب سقوط أسبقية طلبه ، أو من طولب باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، أن يلجأ إلى نظام الشهر المؤقت ، إذ نصت المادة ٣٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك ، أن يتقدم بالمحرر نفسه ... وذلك فى خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه ، ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا المحرر . رقما وقتيا بعد أداء الرسم ، وتوثيق المحرر أو التصديق على التوقيعات فيه إن كان من المحررات العرفية ، وبعد إيداع كفالة قدرها نصف فى المائة من قيمة الالتزام الذى يتضمنه المحرر ، على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، ويجب أن تبين فى الطلب الأسباب التى يستند إليها الطالب . وفى هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء المحرر . رقما وقتيا فى دفتر الشهر المشار إليه فى المادة ٣١ ودفاتر الفهارس ، وأن يرفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع المكتب فى دائرتها . ويصدر القاضى قراره على وجه السرعة بابقاء الرقم الوقتى بصفة دائمة أو بالغائه تبعا لتحقق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لشهر المحرر . . ولا يجوز الطعن فى القرارات التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق » . ونصت المادة ٣٦ من نفس القانون على أنه « إذا صدر قرار القاضى بابقاء الرقم الوقتى ، وجب التأشير بذلك فى دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، واتخاذ باقى الإجراءات وعلى الأخص مايتعلق منها بالتصدير . وإذا صدر القرار بالغاء الرقم الوقتى ، وجب التأشير بذلك فى دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وتصادر الكفالة المتقدمة ذكرها بقوة القانون ، ويرد المحرر . . لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه » .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق نظام الشهر المؤقت ، ونص فى المادة ٢٨ منه على إنشاء دفتر يومية تقيد فيه طلبات الشهر ، فيتمكن مكتب الشهر من مراجعة المحررات التى تقدم إليه ، على أن تدون فى دفتر الشهر بعد مراجعتها فى اليوم التالى . ولمواجهة حالات التعارض بين المحررات المقدمة لمكاتب الشهر إذا ما قدم أكثر من محرر فى شأن عقار واحد ، والتى أغفلها قانون الشهر العقارى ، نص على عدم جواز شهر محرر لاحق =

وبهذا تتقرر الأسبقية فيما بين الطلبات المتعارضة ، فيقدم الطلب السابق على الطلب اللاحق ، ما لم يتقرر نهائيا سقوط أسبقية الطلب السابق[1] .

وبحث الطلب يكون من الناحية المساحية ، ومن الناحية القانونية . فمن الناحية الهندسية ألحق بالمأموريات أقلام استعلامات هندسية ، وهذه تراجع الطلب من الناحية المساحية للتثبت من موقع العقار وحدوده ومسطحه ، وقد ينتقل القلم الهندسي لمعاينة العقار على الطبيعة وتحديده بوضع علامات حديدية عليه . فاذا ما أتم الطلب الهندسي بحث الطلب من الناحية المساحية ، بحث الطلب بعد ذلك من الناحية القانونية . فتتولى المأمورية بحث البيانات الواردة فيه للتأكد من مطابقتها للأوضاع المقررة قانونا ، ثم تبحث المستندات المرافقة للطلب لتتثبت بوجه خاص من أصل الملكية بفحص المستندات المقدمة من البائع مثلا إثباتا لملكيته . فاذا ماتم بحث الطلب من الناحيتين الهندسية والقانونية ، أشرت المأمورية بالقبول للشهر بختم نقش عليه عبارة « مقبول للشهر »[2] .

سقبل محرر سابق يتعارض معه إلا إذا صدر قرار نهائي من أمين المكتب باسقاط أسبقية المحرر السابق . وتوسع المشروع في الحالات التي يجوز فيها التظلم من قرارات المأمورية ومن قرارات المكتب ، وفرض رقابة قضائية قبل التظلم لقاضي الأمور المستعجلة حتى يستطيع ممثل المصلحة قبل الحكم إبداء وجهة النظر الفنية التي قد لاتظهر بوضوح إذا ترك الأمر للمذكرات التي تقدم لقاضي الأمور الوقتية (أنظر في كل ذلك المواد ٤٣ – ٤٩ من المشروع) .

(١) وفي حالة عدول أصحاب الشأن من التسجيل لا يرد ما سبق دفعه من رسوم التسجيل حتى لوسلمت الجهة الإدارية خطأ بأحقية دافع الرسم في استرداده (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٩ ص ١٨٧) – وانظر أيضا نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٣٦ – ١٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٢٥٤ – ٢٨ نوفبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٠٩٨ .

(٢) والأصل أن تؤشر المأمورية على أصل الطلب بعبارة « مقبول للشهر » . ولكن كثيراً ما يحدث أن تكون الحدود والمسطحات الخاصة بالعقار لاتطابق الواقع ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بباقي البيانات الواردة في الطلب . فتجرى المأمورية التصحيحات اللازمة ، وتكون هذه التصحيحات في نموذج خاص اسمه « إخطار بالقبول للشهر » . وتسترشد المأمورية في تحرير هذا الإخطار بما أدرجه مقدم الطلب من بيانات ، وما أسفر عنه بحثها لهذا الطلب من المستندات المقدمة ومن الدفاتر والخرائط والمراجع الموجودة بها . ويختم هذا الإخطار بختم «مقبول للشهر» وإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم الإخطار في خلال ثلاثة أيام من تاريخ تحريره ، أرسل إليه مع المستندات المقدمة منه في العنوان الذي يبينه في الطلب .

١٥٤ – مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر :

يعتبر « القبول للشهر » ترخيصا لصاحب الشأن فى إعداد المحرر المراد شهره ، بعد أن تكون المأمورية قد ضبطت البيانات الخاصة بالعقار وأصل ملكيته ، وتأكدت من مطابقة المحرر من ناحية الشكل لجميع الشروط المنصوص عليها فى القانون لإجراء الشهر . وقد انتهت بالتأشير على الطلب بالقبول للشهر وهى الخطوة الأولى من المرحلة التمهيدية للشهر . وتأتى بعد ذلك الخطوة الثانية لهذه المرحلة التمهيدية وهى تحضير مشروع المحرر .

فاذا كان المحرر المراد شهره عرفيا ، وجب أن يحرر على الورق الأزرق الخاص المعد لذلك ، ويكون التحرير بالمداد الأسود ، وهذا هو الأصل الذى يحفظ وتؤخذ منه صور فوتوغرافية . وإذا كان المحرر رسميا ، كان التحرير على ورق أبيض عادى مسطر ، وبعد توثيقه تحفظ منه الصورة الأولى وهى محررة على الورق الأزرق ، وتؤخذ من هذه الصورة الصور الفوتوغرافية . وفى الحالتين يجب أن يشتمل المحرر على جميع البيانات الواردة فى « إخطار القبول للشهر » ، فيجب إذن أن يكون مشروع المحرر صورة كاملة لما هو وارد فى إخطار القبول من بيانات ، وإلا وجب تقديم طلب جديد برسم جديد وأسبقية جديدة .

فاذا أعد مشروع المحرر على النحو سالف الذكر ، قدمه صاحب الشأن إلى المأمورية مقرونا به إخطار القبول أو صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر وجميع المستندات التى سبق تقديمها مع الطلب . فتقوم المأمورية بتدوينه ، بحسب تاريخ وساعة تقديمه ، « بدفتر أسبقية مشروعات المحررات». فاذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر خاص بنفس العقار ، وجب بحث هذه المشروعات بحسب ترتيب تقديمها ، وإعادة المشروعات إلى أصحابها بنفس الترتيب بعد انقضاء فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تقديم كل منها بحيث لا تجاوز الفترة خمسة أيام (١) .

---

(١) ولم يقصد بنظام الأسبقية ، فى الطلبات وفى مشروعات المحررات ، حماية صاحب الطلب أو المشروع الأول حماية مطلقة . ولكن أريد منحه فترة مناسبة ليبادر إلى استكمال الخطوات اللازمة للشهر فى أثنائها ، حتى يحتفظ بأسبقيته . أما إذا تسلم صاحب الطلب الأول إخطار القبول فأهمل فى تقديم مشروع المحرر ، وبادر صاحب الطلب الثانى إلى تقديم مشروع

وبحث مشروع المحرر يكون بالتثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فاذا وجدت مطابقة أشرت المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر ، وذلك بوضع خاتم عليه فى صدره وفى آخره من الناحيتين يسمى خاتم « صالح للشهر » (١) .

١٥٥ - توقيع المحرر وعملية التسجيل : تنتهى بالتأشير على مشروع المحرر بالصلاحية للشهر المرحلة التمهيدية لإجراءات الشهر ، فاذا ما تسلم صاحب الشأن مشروع المحرر مؤشرا عليه بالصلاحية للشهر قدمه إلى مكتب التوثيق المختص أو إلى أحد فروعه لتوقيعه من ذوى الشأن . فاذا كان المحرر رسميا تولى مكتب التوثيق عملية توقيعه ، وإذا كان عرفيا تولى مكتب التوثيق التصديق على توقيعات ذوى الشأن . ولا تتم عملية التوقيع أو التصديق إلا بعد دفع رسم التوثيق أو التصديق ورسوم التسجيل كاملة .

ثم يقدم صاحب الشأن المحرر بعد توقيعه لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار ، وهو المكتب الذى تتبعه المأمورية التى تولت إتمام المرحلة التمهيدية للشهر ، ويرفق بالمحرر جميع المستندات المؤيدة للصفة والتكليف وأصل الملكية . ويعطى مكتب الشهر لمن قدم المحرر إيصالا مبينا به رقم الشهر

محرره قبل صاحب الطلب الأول ، فان الثانى يكسب على الأول أسبقية فى دفتر مشروعات المحررات وينعكس الترتيب .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق أسبقية المشروعات اكتفاء بأسبقية الطلبات ، تبسيطا للإجراءات وتيسيراً على أصحاب الشأن ، فعدل المشروع المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى على الوجه الآتى : « إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تقديمها فى الدفتر المعد لذلك ، وأن تنقضى بين أبحاث الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول أو مشروعه مؤشراً عليه بالصلاحية ، وإعادة الطلب اللاحق أو مشروعه مؤشراً عليه بذلك ، فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد كل من الطلبين ، على ألا تجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وتحتسب الفترة المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشراً عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال » .

(١) وإذا كانت البيانات غير مطابقة ، لم يقبل مشروع المحرر ، ووجب تقديم مشروع جديد . وفى حالة ما إذا وجدت البيانات مطابقة ، وأشر على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر ، ولم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه بالصلاحية للشهر ، تولت المأمورية إرسال المشروع إليه فى محل إقامته المبين بالطلب .

وتاريخه . ويبين فى الإيصال المستندات التى قدمها صاحب الشأن مع المحرر . ورقم الشهر الذى يحمله الإيصال هو رقم مسلسل لكل محرر يقدم بحسب ترتيب تقديم المحررات (١) . بحيث لا يتم شهر محرر إلا فى دور رقمه المسلسل(٢) .

وتتم عملية التسجيل بتدوين المحرر فى دفتر يعد لذلك بكل مكتب ، ويسمى « بدفتر الشهر » (٣) ، وتثبت فيه المحررات بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها للشهر ، وبحسب أسبقيتها فى التقديم للمكتب . ويحفظ أصل المحرر المدون على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات العرفية ، أو الصورة الأولى المحررة على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات الرسمية ، وذلك فى أماكن خاصة معدة لهذا الغرض . أما الذى يدون فى دفتر الشهر فرقم الشهر وتاريخ وساعة إجرائه واسم الصادر لمصلحته

(١) ونظام الأسبقية فى الطلبات وفى مشروعات المحررات هو نفس نظام الأسبقية الذى يتبع فى الشهر النهائى . فاذا تباطأ صاحب المشروع الأول الصالح للشهر ، فمن الجائز أن يسبقه إلى التسجيل النهائى صاحب المشروع الثانى الصالح للشهر . ولما كانت العبرة بالتسجيل النهائى ، فان هذا الأخير يكسب الملكية أو الحق العينى نهائيا ، مع أنه كان فى جميع المراحل السابقة تاليا فى الأسبقية لصاحب المشروع الأول .

(٢) ويسلم المحرر المعد للشهر إلى قسم المراجعة بمكتب الشهر ، فيتولى القسم إعادة بحثه للتثبت من أن تأشير المأمورية على مشروع المحرر بالصلاحية للشهر لم يجانب الصواب فى أى بيان أو إجراء يتطلبه القانون ، كما يتولى مراجعة المحرر من ناحية الرسوم للتثبت من سلامة تقديرها . ويتولى قسم المراجعة عمل ملخص (chemise) للمحرر ، ويوقع مقدم المحرر على تعهد فى صدر هذا الملخص بقبوله رد المحرر إليه فى عنوانه المبين فى المحرر أو فى أى عنوان آخر يبينه فى حالة ما إذا لم يتقدم لتسلمه فى ظرف عشرة أيام من تاريخ تقديمه ، إذا اتضح أن به نقصا فى الإجراءات أو الرسوم يمنع من إجراء عملية الشهر .

(٣) ويقفل العمل فى دفتر الشهر فى ذيل آخر محرر قدم للشهر فى ذلك اليوم ، مع ذكر الساعة ورقم المحرر الذى حصل التأشير فى ذيله ، ويوقع أمين المكتب أو الأمين المساعد على هذه البيانات ، كل هذا حتى لا يشهر محرر بتاريخ يوم سابق على تاريخ تقديمه للشهر . ويكون دفتر الشهر مرقم الصفحات ، وموقعا على كل ورقة فيه من الأمين العام للشهر العقارى أو ممن ينتدب لذلك بقرار من وزير العدل . ويفرد دفتر للشهر فى كل مكتب لكل سنة ، فاذا ما انتهى العمل فى ٣١ ديسمبر من أى سنة حرر محضر فى ذيل آخر محرر شهر فى هذا التاريخ . وينتهى العمل فى هذا الدفتر نهائيا ، على أن يصير إثبات المحررات ، اعتبارا من أول يناير التالى ، فى دفتر جديد .

المحرر ، واسم الصادر ضده هذا المحرر ، وبيان العقار ، ونوع التعامل . ويتولى مكتب الشهر التأشير على المحرر بما يفيد تدوينه فى دفتر الشهر بمحضر يبين فيه رقمه المتتابع فى هذا الدفتر ، مع ذكر تاريخ اليوم والشهر والسنة وبيان الساعة التى تم فيها التدوين ، ويوقع هذا المحضر أمين المكتب أو الأمين المساعد(١) .

فاذا ما تمت عملية التسجيل على هذا النحو ، قامت أقلام التصوير الشمسى التابعة لمكتب الشهر باعداد صورتين فوتوغرافيتين من كل محرر تم شهره . وتؤخذ هاتان الصورتان من أصل المحرر العرفى المدون على الورق الأزرق ، أو من الصورة الأولى المدونة على الورق الأزرق من أصل المحرر الرسمى ، مع حفظ كل من أصل المحرر العرفى والصورة الأولى من أصل المحرر الرسمى بالأماكن الخاصة المعدة لذلك(٢) كما سبق القول . وتسلم إحدى

---

(١) وقد قضت محكة النقض بأنه إذ تقضى المواد ٢٥ و ٢٨ و ٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى بأن كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات والمحررات تثبت فى دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقارى حسب تواريخ وساعات تقديمها ، فان فى ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق فى التسجيل يتعين حتما – إن تما فى يوم واحد – بأسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر . وقد عنى المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة ، نظراً لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر فى المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد . ذلك أن مؤدى نصوص المواد ٩و١٥و١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى باثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت . وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله ، حتى إذا ما حكم له بطلباته فان الحق الذى قرره الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل العريضة إذا كان قد تأشر بهذا الحكم طبق القانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات شهرت بعد هذا التاريخ (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) . وانظر نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٩٤ – ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ص ٢٩٥ .

(٢) وإذا كان المحرر المقدم للشهر يشتمل على عقارات تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد ، قدم المحرر للشهر بأحد هذه المكاتب . فاذا ما تم التسجيل سحبت صور فوتوغرافية وقدمت إلى المكاتب الأخرى لإجراء التسجيل فى كل مكتب على حده ولاينتج التسجيل أثره إلا فى خصوص العقار الذى يقع فى دائرة اختصاص المكتب الذى تم فيه التسجيل .

الصورتين الفوتوغرافيتين لصاحب الشأن بعد التأشير عليها من أمين المكتب بمطابقتها للأصل وذكر اسم من سلمت الصورة إليه ، وترسل الصورة الفوتوغرافية الأخرى إلى إدارة المحفوظات التابعة للمكتب الرئيسى للشهر العقارى وذلك لحفظها فيها (١) .

١٥٦ – *التأشير الهامشى* : يثبت مكتب الشهر التأشير الهامشى فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلحق بهذا المحرر . ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه (٢) . ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب واسم أبيه وجده لأبيه ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وبيان نوع المحرر المراد التأشير فى هامشه مع ذكر تاريخ ورقم شهره ، والسند الذى يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها كمكتب التوثيق إذا كان محررا رسميا وكالمحكمة التى أصدرته إذا كان حكما ، وأسماء ذوى الشأن فى السند الذى يبيح التأشير . ويجب أن يقرن الطلب بالسند الذى يبيح التأشير ، وبسائر الأوراق المؤيدة له .

وتدرج طلبات الشهر الهامشى « بدفتر أسبقية طلبات التأشير الهامشى » بأرقام متتابعة حسب تاريخ وساعة تقديمها للمكتب ، كما يبين فى هذا الدفتر ماتم فى شأن كل طلب منها . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند الاقتضاء ، فيمر الطلب بمراحل الشهر من حيث القبول والصلاحية للشهر ، ثم يعاد إلى مكتب الشهر لشهره .

فاذا أصبح الطلب مستوفيا لجميع البيانات التى يتطلبها القانون ، وكانت

---

(١) فإن كان موضوع المحرر يتطلب تعديلا فى دفتر المكلفة ، تولى مكتب الشهر استخراج صورة فوتوغرافية ثالثة من المحرر وترسل إلى المحافظة ، مبينا عليها خاتم « ناقل التكليف » ، وذلك لتقوم المحافظة بإجراء التعديلات المترتبة على تسجيل المحرر فى دفاتر المكلفة ، ويكون استخراج هذه الصورة الفوتوغرافية الثالثة على نفقة صاحب الشأن .

(٢) ويسدد عن طلب التأشير الهامشى الرسم المقرر للطلبات ، وقدره ٥٠٠ مليم .

المستندات المرافقة له تتيح لصاحبه حق شهره بطريق التأشير الهامشي [١] ، أثبت المكتب هذا التأشير فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلحق بهذا المحرر ، مع بيان تاريخ التأشير والساعة التى تم فيها . ويوقع على هذا التأشير أمين المكتب أو الأمين المساعد .

فاذا ما تم إجراء الشهر بطريق التأشير الهامشي ، أعطى المكتب صاحب الشأن شهادة تفيد حصول هذا التأشير . ويبين فى الشهادة نوع المحرر الذى أجرى التأشير فى هامشه وتاريخ وساعة شهره . وكذلك تاريخ وساعة إجراء عملية التأشير الهامشي نفسها . وتحل هذه الشهادة محل الصورة الفوتوغرافية

---

(١) وإذا تبين أمين المكتب أن التأشير الهامشي لم يستوف البيانات أو المستندات اللازمة أبلغ الطالب أوجه النقص ، ويحدد له أجلا لتلافيها على ألا يجاوز هذا الأجل شهراً ، ويمكن منحه أجلا آخر إذا اتضح أنه جاد فى طلبه وأن الاستيفاء يتطلب وقتا أطول . فاذا لم يستوف الطالب البيانات أو المستندات اللازمة فى الأجل المحدد ، أشر المكتب على الطلب بالحفظ مع بيان الأسباب . وللطالب أن يطلب كتابة إلى أمين المكتب فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغه لقرار الحفظ المسبب رفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع مكتب الشهر فى دائرتها ، وعلى أمين المكتب عرض الأوراق فوراً على القاضى فإما أن يؤيد هذا قرار الحفظ أو يصدر قراراً باجراء التأشير الهامشي المطلوب ، وقرار قاضى الأمور الوقتية نهائى لا يجوز الطعن فيه .

وإذا تقدم طلبان متعارضان للتأشير الهامشي ، بحث الطلب الأول ، فإذا تم التأشير الهامشي به امتنع تنفيذ الطلب الثانى . وإذا كان الطلب الأول غير مستوفى ومنح صاحبه أجلا ، امتنع على المكتب إجراء التأشير بالطلب اللاحق إلا بعد حفظ الطلب الأول وانقضاء عشرة أيام وهى ميعاد التظلم أو الفصل فى التظلم من قاضى الأمور الوقتية .

وقد عدل المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق هذه الأحكام ، فنص فى المادة ٤٢ منه على ما يأتى : « لمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه ، رفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة بالمحكمة التى يقع مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضى حكمه فى خلال أسبوع على الأكثر ، بعد الإطلاع على الأوراق وسماع أقوال ممثل مصلحة الشهر العقارى ، بإجراء التأشير الهامشي أو برفضه ، تبعا لتحقق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير . ولا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق من طرق الطعن » .

التى تعطى لصاحب الشأن فى حالة التسجيل (١) .

(١) الشهر بطريق الإيداع : ويوجد نظام الشهر بطريق الإيداع للمحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهى المحررات التى لاتخضع للإجراءات العادية الواردة فى قانون الشهر العقارى . فقد نصت المادة ٥٤ من قانون الشهر العقارى فى أحكامه الوقتية على أنه « لا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتا رسميا قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التى صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها » . ونصت المادة ٥٧ من قانون الشهر العقارى فى أحكامه الوقتية أيضا على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من هذا القانون يجوز أن تشهر بطريق الإيداع ، على الوجه المبين باللائحة التنفيذية ، المحررات التى ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أوختم لإنسان توفى » . ونصت المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى على أنه « فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الشهر بطريق الإيداع ، تنسخ صورة مصدق عليها من المحرر على الورق الخاص المشار إليه فى المادة ١٩ ، وتتبع باقى الإجراءات المنصوص عليها فى المواد التالية ، ويحفظ الأصل فى مكتب الشهر » .

فمن يرغب فى شهر محرر ثابت التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ عن طريق توقيع أوختم لإنسان توفى ، عليه أن يقوم بنسخ صورة من هذا المحرر موقع عليها منه ، وذلك على الورق الأزرق الخاص بالمداد الأسود ، ويجب أن يكون توقيع صاحب الشأن على هذه الصورة مصدقا عليه . ويقدم أصل المحرر الثابت التاريخ ومعه الصورة المحررة على الورق الأزرق الخاص إلى مكتب الشهر المختص لإيداع المحرر ، ويتولى أحد الموثقين تحرير محضر يثبت فيه هذا الإيداع بحضور شاهدين . ويذكر فى محضر الإيداع اسم الموثق واسم طالب الإيداع واسم أبيه وجده لأبيه وجنسيته ومحل إقامته ، ووصف شامل للمحرر المودع يبين به نوع المحرر وأسماء وأصحاب الشأن فيه والعقار موضوع العقد والثمن أو المقابل وشكل الورق ونوع الحبر وما قد يكون فى المحرر من تصحيح أو كشط أو تحشير والطريق الذى تم به إثبات تاريخ المحرر قبل سنة ١٩٢٤ والسلطة التى تم بها إثبات التاريخ . ثم يذيل هذا المحضر بتوقيعات الموثق وطالب الإيداع والشاهدين . وتنسخ من محضر الإيداع صورة طبق الأصل على الورق الأزرق الخاص ، ويقيد هذا المحضر فى دفتر الإيداع بحسب تاريخ وساعة تقديمه للمكتب . وتعطى لصاحب الشأن صورة فوتوغرافية من محضر الإيداع ومن أصل المحرر ، وتحفظ باقى الأوراق بالمكتب المختص . وإذا ماتم شهر محرر بطريق الإيداع ، لم ينصرف أثر ذلك إلى تاريخ إدراجه بدفتر الإيداع ، ولكن إلى التاريخ الثابت فيه . ويعتبر ناقلا للملكية منذ هذا التاريخ الثابت ، وتحترم جميع التصرفات التى سبق أن استندت إليه فى إبرامها .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق الشهر بطريق الإيداع على الوجه المتقدم ، إذا نصت المادة ٧ من مشروع قانون إصدار هذا المشروع على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من القانون المرافق ، يجوز أن تشهر بطريق الإيداع على الوجه المبين باللائحة التنفيذية المحررات التى تجيز القوانين الخاصة شهرها بهذا الطريق » . فأغفل النص ذكر المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ من بين المحررات التى يجوز شهرها بطريق الإيداع ووكل إلى القوانين الخاصة بيان المحررات التى يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ومن هذه القوانين قانون نزع الملكية والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فيما يختص بطرح النهر . =

المطلب الثانى
إجراءات الشهر فى قانون السجل العينى

١٥٧ ـ **تنظيم السجل العينى** : تعرف المادة الأولى من قانون السجل العينى هذا السجل بأنه « هو مجموعة الصحائف التى تبين أوصاف كل عقار ، وتبين حالته القانونية ، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به » . وتتولى مصلحة الشهر العقارى أعمال السجل العينى ، بمالها من مكاتب ، وبما يلحق بكل مكتب للسجل العينى من مأموريات ، بحيث يختص كل مكتب من مكاتب السجل العينى دون غيره بقيد المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه .

وتقسم البلاد من مدن وقرى إلى أقسام مساحية ، بصدر قرار من وزير العدل بتعيينها . ويخصص سجل عينى لكل قسم مساحى : ويتكون القسم المساحى من وحدات عقارية . وتعتبر وحدة عقارية : (١) كل قطعة من الأرض تقع فى قسم مساحى واحد وتكون مملوكة لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع ، دون أن يفصل جزءا منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك

= الكشف النظرى والشهادة العقارية : وهناك طريقان للبحث فى دفاتر الشهر : (١) الكشف النظرى (vision) : ويكون باطلاع صاحب الشأن ، تحت مسئوليته ومراقبة الموظف المختص ، على دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس وعلى أى محرر تم شهره ، وذلك ابتداء من المدة التى يحددها . (٢) الشهادة العقارية (Certificat hypothécaire) : وهى كشف رسمى ، يستخرج من واقع دفاتر مكتب الشهر المختص ، عما يكون قد شهر من محررات أو قيود أو أحكام أو تأشيرات هامشية عن عقار معين ، بالنسبة إلى شخص معين ، ولمدة معينة . ويبين فى طلب هذه الشهادة العقارية اسم صاحب العقار واسم أبيه وجده لأبيه ، واسم الناحية والمركز أو القسم والمحافظة الكائن بها العقار المطلوب الاستعلام عنه ، مع ذكر المنزل واسم الشارع إن كان بناء أو أرض بناء ، والحوض إن كان أرضا زراعية ، والمدة المطلوب إجراء البحث عنها . فاذا لم تظهر تسجيلات أو قيود ، سلم مكتب الشهر المختص الطالب شهادة سلبية بذلك . أما إذا ظهرت تسجيلات أو قيود ، فيبين ملخصها فى الشهادة العقارية ، بذكر اسم الصادر لمصلحته والصادر ضده المحرر ، وبيان العقار والثمن أو المقابل ، والتأشيرات الهامشية إن وجدت . وتكون الشهادة العقارية فى هذه الحالة شهادة إيجابية تسلم للطالب ، تحت مسئولية الحكومة بحيث إذا وقع خطأ فى الشهادة كان للطالب الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الخطأ .

عام أو خاص . ودون أن يكون لجزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها . (٢) المناجم والمحاجر . (٣) المنافع العامة . ويجوز بقرار من وزير العدل أن تعتبر منطقة من مناطق السكنى أو غيرها وحدة عقارية فى جملتها . وتقرر لها صحيفة عامة . ويعد لشهر التصرفات الخاصة بهذه المساكن فهرس يرتب بأسماء الأشخاص ويلحق بالصحيفة العقارية .

ويفرد فى السجل العينى للقسم المساحى صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، ترقم وفقا للقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل . وتبين اللائحة التنفيذية كيفية إمساك السجل العينى ، وكذلك الوثائق المتعلقة به (١) .

---

(١) ويثبت فى صحيفة كل وحدة عقارية حدودها الطبيعية وأسماء الملاك المجاورين ، وتتولى مصلحة الشهر العقاري وضع العلامات على حدود كل وحدة عقارية . ويجب على واضع اليد على الوحدة العقارية ، أيا كان سبب وضع يده ، أن يمكن الموظفين المنوط بهم عملية المساحة من القيام بعملية التحديد ، وعلى رجال الضبطية القضائية أو رجال الإدارة تمكين هؤلاء الموظفين من وضع العلامات اللازمة لتحديد الوحدات المتقاربة . أنظر المواد ١٥-١٧ من قانون السجل العينى .

وتنص المادة ٦٢ من قانون السجل العينى على أن « علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة . فإذا فقدت أية علامة أو أتلفت أو غير مكانها بمعرفة أحد من غير الموظفين المختصين ، فإن مصروفات إعادة وضعها تقع على عاتق من تثبت مسئوليته ، إلا حصلت تلك المصروفات من واضعى اليد والملاك الذين وضعت العلامة لتحديد وحداتهم وذلك بالتضامن فيما بينهم بالطرق الإدارية » .

وجاء فى المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى : « هذا والوحدة العقارية (unité foncière) أساسها الوحدة القانونية التى تستند إلى حق الملك نفسه وسنده الذى نشأ عنه هذا الحق . فليس المناط الوحدة الضريبية (unité fiscale) أو الوحدة الاقتصادية (unité économique) التى أساسها وحدة الاستغلال . وقد روعى الأخذ بهذا المعيار نظراً لما يكفله نظام الوحدة القانونية من ثبات للوحدة العقارية يحقق التطابق بين الصحيفة العقارية وبين الخريطة المساحية ويصون الائتمان . . . ولئن كانت المنافع العامة ، كالطرق وموارد المياه ، غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، مما قد يدعو إلى القول بعدم إخضاعها للقيد فى السجل ، إلا أن إدراجها فيه واعتبارها وحدة عقارية ، وهو ما أخذ به المشرع ، من شأنه تيسير التحديد المادى للملكيات الخاصة المجاورة لها ، وإعطاء صورة صادقة عن قيمتها ، فضلا عن إقلال المنازعات بشأن دخول الملك العام فى الأملاك الخاصة » .

ويلحق بكل سجل عينى للقسم المساحى فهرس شخصى هجائى ، يكون فيه لكل مالك صحيفة خاصة يبين فيها الوحدات العقارية التى يملكها فى هذا القسم المساحى ، وتدون بيانات هذا الفهرس من واقع البيانات المثبتة فى السجل العينى .

ولا يجوز أن تنقل من مكاتب السجل العينى أصول المحررات التى تم قيدها ولا السجلات والدفاتر والوثائق المتعلقة بالقيد : على أنه يجوز للسلطات القضائية أو من تندبه من الخبراء الاطلاع عليها .

والقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقارى تسرى على التصرفات والحقوق الخاضعة لقانون السجل العينى ، سواء فيما يتعلق بقيدها أو التأشير بها أو حفظها أو بالنسبة إلى طلبات الإجراء فيها .

١٥٨ ـ إثبات الحقوق فى السجل العينى لأول مرة : أول خطوة فى إدخال نظام السجل العينى هى إنشاء هذا السجل فى كل قسم مساحى . فيجب حصر جميع الوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحى ، وتفرد لكل وحدة عقارية الصحيفة الخاصة بها . وتثبت الحقوق فى هذه الصحيفة ، وهذا ما يسمى بالقيد الأول . وتنص المادة ١١ من قانون السجل العينى على أنه « لا تثبت الحقوق فى صحائف السجل إلا إذا كانت قد نشأت أو تقررت بسبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية ، وإذا كان هذا السبب تصرفا أو حكما وجب أن يكون قد سبق شهره » (١) .

وتستخلص بيانات الصحائف من المصادر الآتية :

(١) دفتر المساحة وسجل الأطيان .

(٢) التصرفات التى سبق شهرها ، وهى مدونة فى دفاتر الشهر العقارى التى سبقت الإشارة إليها . وفى حالة قيام التناقض بين هذه المحررات عن قطعة مساحية واحدة ، تتولى مصلحة الشهر العقارى إثبات الحقوق فى صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، ويرفق بصحيفة الوحدة العقارية تقرير عن نتيجة هذه الدراسة . وإذا كانت

---

(١) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى : « وذلك حتى تكون الحقوق قد انتقلت بمقتضاه ، فيمكن إجراء القيد الأول على مقتضاه » .

هناك محررات تتناول نقل حق عينى أو إنشائه أو زواله ولم يسبق شهرها ، وكانت ثابتة التاريخ عن غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى ، فان هذه المحررات تخفض رسوم شهرها بمقدار ٥٠٪ إذا قدمت للشهر فى خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزارى بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام السجل العينى . والغرض من تخفيض الرسوم فى هذه الحالة تشجيع الناس على شهر تصرفاتهم ، وحثهم على المبادرة إلى ذلك ، بتحديد ميعاد قصير يتم فيه هذا الشهر . فاذا ما تقدمت طلبات الشهر إلى مكاتب الشهر العقارى ، أرسلت صور من هذه الطلبات بمجرد تقديمها إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العينى للنظر فى إثبات الحقوق فى صحائف الوحدات العقارية على أساس هذه المحررات .

(٣) استمارات التسوية المشار إليها فى المادة ١٩ من قانون السجل العينى . وتنص هذه المادة على أنه « فى أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ، وفى أحوال وضع اليد على عقارات مفرزة بمقتضى عقود قسمة لم تشهر ، وفى جميع الأحوال الأخرى التى لا يكون وضع اليد فيها ثابتا فى محررات مشهرة ، يجوز لأصحاب الشأن ، باتفاقهم واتفاق من يكون له حقوق عينية تبعية على هذه الأعيان ، أن يقوموا فى ميعاد الشهر ين المشار إليه فى المادة السابقة باثبات اتفاقاتهم فى استمارات تسوية تقوم مقام المحررات المشهرة وتسلم هذه الاستمارات إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العينى للنظر فى إثبات الحقوق فى صحائف الوحدات العقارية وفقا لها . وتخفض رسوم الشهر المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠ ٪ ، إذا كان وضع اليد سابقا على صدور القانون بمدة خمس سنوات على الأقل . ويصدر قرار من وزير العدل ببيان كيفية تحرير الاستمارات » . وقد قصد من استمارات التسوية هذه تشجيع الناس على إثبات حقوقهم المستمدة من وضع اليد ، إذا لم يكن وضع اليد ثابتا فى محررات تم شهرها . فتقوم استمارات التسوية ، التى تتضمن اتفاق أصحاب الشأن على إثبات هذه الحقوق وكذلك أصحاب الحقوق العينية التبعية على العقارات ، مقام هذه المحررات . وتسلم إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العينى للنظر فى إثبات الحقوق التى تتضمنها فى صحائف

الوحدات العقارية . وقد أشار النص بوجه خاص إلى أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ولكن تلاها وضع اليد على العقارات ، وإلى عقارات مفرزة وضع المتقاسمون أيديهم عليها بموجب عقود قسمة لم تشهر . ويجب أن يقوم أصحاب الشأن بإثبات اتفاقاتهم في استمارات التسوية في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . فإذا كان وضع اليد قديماً أي سابقاً على صدور قانون السجل العيني في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ بمدة خمس سنوات على الأقل خفضت رسوم الشهر المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠ ٪ .

(٤) وضع اليد في غير الأحوال المشار إليها فيما تقدم . ويجب تحقيق واقعة وضع اليد [1] . ولكن لا تثبت الحقوق في السجل العيني على أساس وضع اليد ، إلا إذا لم يكن في المحررات التي تم شهرها ما يناقضها [2]

---

(١) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : «وجدير بالذكر أن الأسباب الأخرى لاكتساب الحقوق العينية والتي لا يتطلب القانون شهرها يمكن الأخذ بها . وإثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة على أساسها وفقاً لأحكام هذا القانون . وتسهيلا للإدراج الأول في السجل ، تقضي المادة ١٣ بأنه لا يصح للمصلحة إثبات الحقوق على أساس وضع اليد المكسب إلا إذا لم يكن في المحررات المشهرة ما يناقضها . ومن المفهوم أنه يجب على المصلحة التثبت في هذه الحالة من توافر شروط اكتساب الملكية بالتقادم . أما إذا قام التناقض بين المحررات المشهرة عن قطعة مساحية واحدة ، فتتولى المصلحة إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، على أن يرفق بصحيفة الوحدة تقرير عن نتيجة هذه الدراسة ضمن الوثائق المتعلقة بالسجل (م ١٨) . وبديهي أنه لا يدخل في حكم النص حالة التنازع في وضع اليد ، إذ العبرة هنا بالمحررات المشهرة المؤيدة بوضع اليد» .

(٢) والأصل أن السجل العيني حجية مطلقة كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ١٣٦) ، وعلى ذلك لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل (م ٣٧ من قانون السجل العيني) . ولكن يستثنى من ذلك قيد الحقوق المستندة إلى وضع اليد المكسب بناء على حكم صادر بذلك ، بشرط أن ترفع الدعوى أو يصدر الحكم في خلال خمس سنوات من بدء سريان نظام السجل العيني على القسم المساحي الواقع فيه الوحدة العقارية محل وضع اليد . فإذا رفع واضع اليد دعواه بتملكه العقار بالتقادم وصدر الحكم لصالحه قبل انقضاء مدة الخمس السنوات ، أو رفع دعواه في خلال هذه المدة ولو لم يصدر الحكم لصالحه إلا بعد انقضائها ، قبل قيد الحق الذي تملكه بالتقادم في السجل العيني على خلاف ما هو ثابت بهذا السجل بناء على هذا الحكم . =

وبعد أن ينشأ السجل العينى فى القسم المساحى وتثبت فيه الحقوق لأول مرة على الوجه الذى بسطناه : تتخذ الإجراءات لدعوة أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، حتى إذا كان هناك وجه للاعتراض عليها منهم تقدموا بدعاواهم وطلباتهم إلى اللجنة القضائية التى سيأتى ذكرها . ويكون ذلك بعد صدور القرار الوزارى بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام السجل العينى . وتنص المادة ٢٠ من قانون السجل العينى فى هذا الصدد على أنه « بعد صدور القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر فى الجريدة الرسمية ، وفقاً للإجراءات والمواعيد التى تحددها اللائحة التنفيذية ، إعلان يتضمن تنبيه أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى ميعاد سريان القانون فى القسم المساحى ، ودعوتهم إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، كما يتضمن تنبيها إلى ميعاد الطعن المذكور فى المادة ٢١. وعند حلول ميعاد السريان المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر عن البيانات الخاصة بالوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحى لإطلاع أصحاب الشأن عليها . ويرسل إخطار ، بالطريقة التى تبينها اللائحة ، إلى

= وتنص المادة ٣٨ من قانون السجل العينى على هذه الأحكام فيما يأتى : « استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية ، إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار . ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقا عينيا من المالك المقيد فى السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه فى المادة ٣٢ من هذا القانون (التأشير فى السجل بمضمون الطلبات فى دعوى التملك بالتقادم) » .

وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : (. . نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التمسك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فحظرت بذلك التملك بالتقادم . كقاعدة عامة – فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فمن أثبت اسمه فى السجل كمالك لعقار يصبح فى مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد . وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل . على أن المشرع قد أتى بحكم وقتى روعى فيه التوفيق بين الأحكام الجديدة وبين ما ينبغى من احترام لوضع اليد السابق على القانون ، فنص فى المادة ٣٨ على أنه استثناء من أحكام المادة السابقة . . . » .

أصحاب الشأن الواردة أسماؤهم فى كل صحيفة من صحائف الوحدات العقارية ببيان ما أثبت باسمهم فى هذه الصحائف من حقوق . وما يقع على هذه الوحدات العقارية من تكاليف وحقوق عينية .

وفى خلال سنة من بدء سريان قانون السجل العينى على القسم المساحى – ويجوز بقرار من وزير العدل مدها سنة أخرى – يجوز لكل ذى شأن أن يتقدم بطلب إجراء تغيير فى بيانات السجل العينى المتعلقة بالوحدات العقارية الواقعة فى هذا القسم المساحى . ويرفع هذا الطلب إلى لجنة قضائية تشكل فى كل قسم مساحى ، برياسة رئيس محكمة ابتدائية وعضوية اثنين من موظفى مصلحة الشهر العقارى أحدهما قانونى والثانى هندسى ، ويصدر بتعيين أعضائها ولائحة إجراءاتها قرار من وزير العدل . وتكون الأحكام الصادرة من اللجنة القضائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف الواقع فى دائرتها القسم المساحى ، ومع ذلك تكون هذه الأحكام نهائية لا تقبل الاستئناف : (١) إذا كان التغيير المطلوب إجراؤه فى بيانات السجل متفقاً عليه بين جميع ذوى الشأن الواردة أسماؤهم فى صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٢) إذا كان هذا التغيير لا يمس بحق شخص من الأشخاص الواردة أسماؤهم فى صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٣) إذا كان الحق المتنازع فيه لا يتجاوز أصلا النصاب النهائى للمحكمة الابتدائية (١).

١٥٩ – **التغيير والتصحيح فى بيانات السجل العينى** : والبيانات المدونة فى صحائف السجل العينى لا يجوز فى الأصل اجراء تغيير أو تصحيح فيها .

---

(١) وتنص المادة ٢٥ من قانون السجل العينى على أنه « لاتستحق رسوم على الدعاوى والطلبات التى ترفع إلى اللجنة . على أنه إذا تبين للجنة أن طلب إجراء التغيير يستر تصرفاً جديداً يراد التهرب من أداء الرسوم المستحقة عنه ، ضمنت قرارها أداء الرسوم وفقاً للقوانين المعمول بها ، ولا ينفذ قرارها إلا بعد أداء الرسوم . كما يستحق عند استئناف الأحكام الصادرة من اللجنة الرسوم المستحقة أصلا عن الدعاوى الابتدائية وعن الاستئناف ، وترد الرسوم كلها أو بعضها عند الحكم لصالح المستأنف » .

أما التغيير في البيانات ، فلا يجوز إجراؤه إلا بناء على حكم صادر من اللجنة القضائية على الوجه الذى سبق بيانه (١) ، أو بناء على حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحى فى دائرتها ، أو بناء على محررات رسمية صادرة ممن يملك التصرف فى الحقوق الثابتة فى السجل (٣٩ /١ من قانون السجل العينى) (٢) . كذلك تعدل بيانات السجل العينى إذا تناول الوحدة العقارية تغيير بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إزالتها ، سواء أخطر عنها مالك الوحدة العقارية أو تكشفت فى أثناء إجراء عملية تحديد أو غيرها . وهذا ما تنص عليه المادتان ٤٠و٤١ من قانون السجل العينى . فتنص المادة ٤٠ على أنه « يجب على ملاك الوحدات العقارية إخطار أمين السجل بكل تغيير يتناول الوحدة العقارية بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إزالتها ، ويرفق بالإخطار إقرار رسمى يتضمن التغييرات ، وتعدل بيانات السجل العينى تبعا لها دون اقتضاء أية رسوم . ويجب أن يتم الإخطار فى خلال الثلاثة الأشهر التالية لإتمام التغيير » . وتنص المادة ٤١ على أنه « إذا تبين عند الانتقال للطبيعة لإجراء عملية تحديد أو غيرها وجود تغييرات غير مثبتة فى صحائف السجل ، أثبتت فى السجل بقرار يصدره الأمين متضمنا هذه التغييرات ، مع إلزام المالك المتخلف عن الإخطار المشار إليه بالمادة السابقة بغرامة قدرها ½ ٪ من قيمة العقار وبشرط ألا تتجاوز مائة جنيه ولا تقل عن عشرة جنيهات ، ويعتبر هذا القرار

---

(١) انظر آنفا ص ٤٣٨ .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « هذا وقد أورد القانون الاستثناءات التي ترد على المبدأ السابق (مبدأ القوة المطلقة للقيد) ، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٩ على المحررات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير فى البيانات الواردة فى السجل العينى ، وحصرها فى قسمين : (الأول) المحررات الموثقة الصادرة ممن يملك التصرف فى الحقوق الثابتة فى السجل . على أن الرسمية لا تعتبر ركنا فى التعاقد ، ولكنها شرط جوهرى لقيد المحررات فى السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استنادا إلى عقد عرفى ، ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . (الثانى) الأحكام أو القرارات الصادرة من المحكمة التي يقع القسم المساحى فى دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار إليها فى المادة ٢١ » .

نهائيا . وتحصل بالطريق الإدارى . وتكون لها مرتبة امتياز رسوم الشهر . وللأمين العام الإقالة من الغرامة أو تخفيضها ، إذا أبديت أعذار مقبولة »[١].

وأما التصحيح فى بيانات السجل العينى ، فلا يتناول إلا الأخطاء المادية البحتة . فاذا كان القيد لم يتم بعد ، كان لأمين السجل أن يصحح هذه الأخطاء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن . أما إذا تم القيد ، فانه يجب على الأمين عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم وصول ، ويحرر محضرا بوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه (م ٣٩/٢و٣ من قانون السجل)[٢] .

وتتم إجراءات التغيير والتصحيح بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم ، وفقا للشروط والأوضاع التى ينص عليها قانون السجل العينى ولائحته التنفيذية . ويخطر كل شخص تغيرت حقوقه أو زالت ، نتجة للتغيير أو التصحيح ، بكل قيد أو محو أو تأشير أو تصحيح أجرى فى السجل العينى ، وذلك بارسال خطاب موصى عليه مع علم وصول إلى

---

(١) وتنص المادة ٦٣ من قانون السجل العينى على ماياتى : « على الجهات المشرفة على أعمال التنظيم وعلى المحافظات أن تخطر الجهة القائمة على السجل العينى فى أول كل شهر برخص البناء والهدم المعطاة لأصحاب الشأن وبربط العوايد المستجدة ، وذلك لكى تقوم الجهة الأخيرة بتطبيق نظام المدن على الوحدات العقارية المنشأة عليها هذه الأبنية عند إدراج أى تصرف يتعلق بها فى السجل العينى » . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بغرامة لا تقل عن مائة قرش ولاتتجاوز عشرة جنيهات ، وتتعدد الغرامة بتعدد المخالفات (م ٦٦ من قانون السجل العينى) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٣٩ لأمين السجل أن يصحح الأخطاء المادية البحتة ، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن . على أن هذا التصحيح مشروط بشرط جوهرى . هو ألا يكون القيد فى السجل قد تم ، وإلا وجب [illegible] إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، نظراً لما يترتب على هذا الإجراء من آثار قد تلحق بهم الضرر ، وقد تتعداهم إلى غيرهم ممن يتعاملون معهم . ويحرر الأمين محضراً يوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه . والمقصود بالأخطاء المادية البحتة الأخطاء الكتابية والحسابية التى تقع أثناء نقل مضمون المحرر إلى صحيفة السجل ، كما أن المقصود بوقف إتمام القيد الوقت الذى لاتكون قد أعطيت فيه صورة من صحيفة السجل أو الشهادات للمالك أو غيره . وبديهى أنه فيما عدا ذلك من الأخطاء ، فلا يجوز تصحيحها إلا وفقا لأحكام الفقرة الأولى من النص » .

محله المعين فى السجل العينى . ويدرج القيد أو المحو أو التأشير أو التصحيح بأكمله فى سند الملكية وهو صورة من الصحيفة العقارية تسلم للمالك ، وفى الشهادة التى تسلم لغير الملاك من ذوى الشأن وبها البيانات الخاصة بهم فى السجل العينى . وإذا ألغى المحو ، عاد لقيد الحق العينى التبعى مرتبته الأصلية فى السجل العينى ، ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعى بالنسبة إلى القيود التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والإلغاء .

١٦٠ – **إجراءات القيد فى السجل العينى** : وإذا ما أعد السجل العينى فى قسم مساحى وأثبتت فى صحائفه الحقوق لأول مرة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فان جميع التصرفات والأحكام واجبة الشهر التى تصدر منذ بدء سريان نظام السجل العينى فى هذا القسم المساحى يجب قيدها فى السجل العينى ، وفقا لإجراءات تتلخص فيما يأتى :

يقدم طلب القيد إلى مأمورية السجل العينى التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المقررة فى اللائحة التنفيذية . ويشتمل الطلب ، فضلا عما يتطلبه القانون فى أحوال خاصة ، على البيانات التى تحددها اللائحة التنفيذية . ويرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات الواردة فى الطلب ، ولا يقبل فى إثبات أصل الملكية أو الحق العينى . سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العينى ذلك أنه بعد إجراء القيد الأول فى السجل وإتمام النشر عنه وفوات مواعيد الطعن أو الفصل نهائيا فيما يرفع من طعون ، لا يقبل أى مستند لإثبات أصل الملكية أو الحق العينى سوى المستندات المستخرجة من السجل . وتدون الطلبات على حسب تواريخ وساعة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالمأمورية، يسمى « دفتر أسبقية الطلبات » . وترقم الطلبات بأرقام مسلسلة ، ويبين فى هذا الدفتر مراحل السير فى الطلبات (١) . وهذه المراحل هى التى تتضمن بحث الطلب بالمأمورية (٢) .

---

(١) ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم قيد المحرر فى السجل العينى خلال سنة من تاريخ قيد الطلب بالمأمورية ، وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب (م ٤٩ من قانون السجل العينى) .

(٢) وتنص المادة ٦٤ من قانون السجل العينى على ما يأتى : « على السلطات المختصة –

مسببا إما بتأييد قرار أمين السجل العيني ورفض قيد المحرر ، أو بجواز هذا القيد ، تبعا لتخلف أو تحقق الشروط التي يتطلب القانون توافرها لقيد المحرر في السجل العيني . ولا يجوز الطعن في قرار اللجنة بأي طريق من طرق الطعن . فاذا صدر القرار برفض قيد المحرر ، وجب التأشير بالرفض في دفتر العرائض أمام الطلب ، ورد المحرر لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه . أما إذا صدر قرار اللجنة بقيد المحرر ، وجب إجراء ذلك بحسب ترتيب قيد الطلب المتعلق به في دفتر العرائض . ويجب أن يتضمن قرار اللجنة رد الكفالة للمتظلم إذا قبل تظلمه أو رفض ولكن اللجنة رأت أنه بني على أسباب جدية ، وإلا وجب أن يتضمن القرار مصادرة الكفالة .

وإذا قدم طلب لإجراء قيد محرر ، ورأى أمين السجل العيني رفض هذا الطلب لأنه لم يستوف الشروط اللازمة . فعلى الأمين أن يذكر أسباب هذا الرفض على الطلب وفي دفتر العرائض ، وإبلاغ ذلك للطالب مع تحديد ميعاد أسبوعين له من تاريخ الإرسال لتقديم اعتراضاته على هذا الرفض . ويصبح قرار الأمين بالرفض نهائيا إذا مضى الميعاد المذكور دون أن يقدم الطالب اعتراضا . فاذا قدم اعتراضا في الميعاد ، ورفض أمين السجل العيني هذا الاعتراض ، كان للطالب ، في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إرسال قرار الرفض إليه ، أن يطلب إلى الأمين رفع الأمر إلى اللجنة القضائية . وتصدر اللجنة قرارها على وجه السرعة ، إما بتأييد رفض القيد أو الإلزام باجرائه .

وإذا توافرت جميع الشروط واستوفيت جميع الإجراءات ، تم القيد في السجل العيني بالمطابقة للمستندات المقدمة ، وبترتيب الطلبات في دفتر العرائض ، وبنفس تاريخ القيد . ويتم القيد بكل عناية ، وبخط واضح ، دون كشط أو محو أو شطب أو تحشير .

وكل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه ، مع علمه بذلك ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ، مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضي

بها أى قانون آخر. ويعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بنصف هذه العقوبة (١) .

١٦١ — سندات الملكية والشهادات المستخرجة من السجل العينى : ويسلم صورة للمالك من الصحيفة العقارية الخاصة به بعد أداء رسم قدره مائة قرش ، وتسمى هذه الصورة « سند الملكية » . وإذا تعدد الملاك على الشيوع لعقار واحد ، سلم كل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع الملاك المشتاعين(٢) ، ويؤدى كل منهم رسماً قدره مائة قرش .

أما غير الملاك من ذوى الشأن ، كصاحب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، فتسلم لهم ، بناء على طلبهم ، شهادة بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العينى ، بعد أداء الرسم المقرر .

وعلى أمين السجل العينى أن يعطى فى أى وقت شهادة بمطابقة سند الملكية أو الشهادة للسجل العينى ، وذلك بعد أداء الرسم المقرر .

ولا يجوز تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى . ويكون ذلك بقرار من اللجنة القضائية ، وبعد أداء الرسم المقرر(٣) .

---

(١) أنظر نصا مماثلا استحدثه المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق فى المادة ٥٥ منه (وتطابق المادة ٦٥ من قانون السجل العينى) .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وإذ ثار البحث حول مبدأ تسليم صورة واحدة من الصحيفة العقارية فى حالة امتلاك شخصين أو أكثر لعقار على الشيوع – وهو مذهب التشريع التونسى – أو تسليم صورة منها لكل مالك ، حبذ المشرع الأخذ بمبدأ تعدد الصور ، نظراً لما لوحظ من صعاب بشأن من تسلم له الصورة من الشركاء فى حالة عدم اتفاقهم ، والأساس الذى يصلح أن تقوم عليه المفاضلة بينهم، فنص على أن يسلم لكل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع المشتاعين » .

(٣) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وحماية لكل من يتعامل مع المالك أو غيره ممن تقيد حقوقهم فى السجل ، وتقليلا لحالات تداول السند ما أمكن ، لم تجز المادة ٦٠ تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى ، على أن يكون ذلك بقرار من اللجنة المشار إليها فى المادة ٢١ . على أن هذا لا يمنع ولاشك صاحب الشأن الحريص من الرجوع إلى السجل العينى . والمقصود بالتلف فى حكم هذه المادة التلف الذى يفقد السند قيمته » .

الفصل الثالث

الشفعة

(Préemption)

تمهيد

١٦٢ – التعريف بالشفعة وتكييفها القانونى – نص قانونى : تنص المادة ٩٣٥ مدنى على ما يأتى :

« الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى ، فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية » (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – الشفعة رخصة تجيز الحصول محل المشترى إذا وقع البيع على عقار فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية . ٢ – والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ فى استعماله » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « ١ – الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية . ٢ – والحق فى الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . والأخذ به لا يتجزأ » ، وأصبح رقم النص ١٠٠٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، وكان من رأى بعض الأعضاء توريثه ، ومن رأى بعض آخر عدم توريثه لأنه حق شخصى حتى أن الدائنين لا يمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم ، وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حق وإنما هى خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الورثة ولا استعمالها من الدائنين . ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من النص وترك حكمها لاجتهاد القضاء ، وأصبح رقم النص ٩٣٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٥ – ص ٣٥٧) .

هذا وقد ناقشت اللجنة التى كانت برياسة الأستاذ كامل صدق (وهى اللجنة التى قامت بوضع نصوص الشفعة التى استقيت منها نصوص المشروع التمهيدى فى الشفعة) هذا النص مناقشة طويلة . واختلط الأمر فى هذه المناقشات ، فى المقابلة ما بين الرأى القائل بأن الشفعة حق عينى والرأى القائل بأنها حق شخصى . فاستعملت عبارة « الحق العينى » بمعناها المعروف ، فى حين أن عبارة « الحق الشخصى » استعملت لا بالمعنى المقابل للحق العينى ، بل بمعنى أن الشفعة حق متصل بشخص الشفيع (أنظر على سبيل المثال ما جاء فى محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٠ – ص ٣٥١ فى الهامش) . وفى رأينا –

ويخلص من هذا التعريف أن الشفعة ، وهى سبب من أسباب كسب الملكية ، رخصة إذا استعملها الشفيع – وسيأتى بيان من هو الشفيع – تملك عقارا باعه صاحبه لغيره ، وحل الشفيع محل المشترى فى هذا البيع ، بشروط سيأتى بيانها . فهى إذن لا تكون إلا فى بيع عقار ويسمى العقار المشفوع فيه ، ومن شفيع عيّن القانون أحواله . وجعله كما سنرى يشفع

= أن أدق ما دون فى هذه المسألة فى محاضر جلسات لجنة الأستاذ كامل صدقى ما ورد فى محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ على لسان أحد الأعضاء : « إن هناك مسألة أولية يتعين البدء بالبت فيها قبل البحث فيما إذا كان حق الشفعة حقا عينية أم شخصيا ، وهذه المسألة هى معرفة ما إذا كانت الشفعة حق أم مجرد وسيلة لاكتساب حق . فاذا سلمنا بأن الشفعة ليست إلا مجرد وسيلة لاكتساب حق الملكية كما يبدو ، فلا حاجة للبحث فيما إذا كانت هذه الوسيلة شخصية أو عينية. ذلك أن الشفعة طريق من طرق اكتساب الملكية بحلول الشفيع محل المشترى . وبناء على ذلك يكون من التزيد البحث فى شخصية أو عينية هذه الوسيلة من وسائل اكتساب الملكية التى تحميها دعوى . فاذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه ، سقطت الشفعة بوفاته . أما إذا كان قد رفع الدعوى فانها تصبح جزءاً من ذمته وتنتقل إلى ورثته مع أموال التركة ، شأنها فى ذلك شأن دعوى التعويض مثلا . إذ ليس هناك مبرر للتفرقة بين دعوى الشفعة وبين أية دعوى أخرى ، فكل الدعاوى تكون جزءاً من ذمة الشفيع وتنتقل بالتالى إلى ورثته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥١ – ص ٣٥٢ فى الهامش) . وقال عضو آخر فى نفس الجلسة تأييدا لما تقدم : « فالشفعة إذن ليست سوى طريقة لاكتساب الملكية ، شأنها فى ذلك شأن البيع وهو ليس حقا عينيا بل هو طريقة لاكتساب الملكية . وليس حق الشفعة بأقوى من البيع ، مع أن البيع لم يوصف فى وقت ما بأنه حق عينى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٣ فى الهامش) .

ولا مقابل للنص فى قانون الشفعة السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل (وقد ألغى هذا التقنين الشفعة أصلا من بين أسباب كسب الملكية) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٨ : الشفعة هى حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشترى ، بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة . (والنص يوافق فى مجموعة نص التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٨/١ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : الشفعة حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشترى . فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية (والنص يوافق فى مجموعه نص التقنين المصرى)

بعقار آخر يملكه ويسمى العقار المشفوع به . فالشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذى يأخذ بالشفعة ، ومشفوعا منه وهو المشترى الذى يحل محله الشفيع ، وبائعا لهذا المشترى وهو الذى حل الشفيع بازائه مشتريا محل المشترى الأصلى ، وعقارا مشفوعا به وهو العقار المملوك للشفيع وقد شفع به ، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذى باعه صاحبه للمشترى الأصلى وشفع الشفيع فيه .

وقد قام فى الفقه المصرى جدل مشهور فى تكييف الشفعة ، هل هى حق عينى أو حق شخصى . والذين قالوا بأن الشفعة حق عينى إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه . ولم يكونوا فى حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة ، إذ كان يكفيهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه . فهو عند ما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عينى عقارى ، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى . والذين قالوا بأن الشفعة حق شخصى قصدوا إلى معنى هو صحيح فى ذاته . ولكنه بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصى المقابل للحق العينى . إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالته ولا يجوز لدائنى الشفيع أن يستعملوه باسمه . ولم يكونوا هم أيضا فى حاجة إلى معارضة صفة العينية بصفة الشخصية ، فمعنى الشخصية الذى قصدوا إليه لا يتعارض مع معنى العينية .

والصحيح أن الشفعة ليست بحق عينى ولا بحق شخصى ، بل هى ليست بحق أصلا . إنما الشفعة سبب لكسب الحق : فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقبة أو حق حكر . والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه . فالملكية مثلا حق عينى ، وتكسب بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة . ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عينى أو حق شخصى ،

فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي(١)

والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي ، كما قدمنا(٢) ، واقعة مركبة (Complexe) اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى ، باعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد. فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية .

وإذا سرنا في هذا التكييف خطوة أبعد ، قلنا إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بارادته المنفردة . فمن وجه إليه إيجاب وقبل هذا الإيجاب ، فهو بهذا القبول — والقبول إرادة منفردة — قد تعاقد مع الموجب ، فكسب بالعقد حقا شخصيا . فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه ، فاستطاع بارادته المنفردة ، وهي قبول هذا الإيجاب ، أن يكسب الحق . وإذا توافرت الشروط التي قررها القانون في الشرب أو المجرى أو المسيل أو المرور ، وهي الشروط التي بسطناها عند الكلام في قيود الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، تهيأ بتوافرها مركز قانوني للجار يستطيع به إذا أراد ، أي بارادته المنفردة ، أن يكسب حقا عينيا

(١) وقد عثرنا على حكم قديم ، صدر من محكمة الاستئناف الوطنية ، يفرد من زمن بعيد هذا الذي نقوله ، فقد قضت هذه المحكمة بأنه لايمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا في القانون المدني أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية ، كالعقود والميراث ووضع اليد بدون فرق . ولايتصور أن السبب المنتج للحق العيني يسمى نفسه حقا عينيا ، فليست إذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء كالملكية أو حق الانتفاع ، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشىء حق الملكية العيني ، أو بعبارة أخرى هي مجرد إباحة للتوصل إلى كسب حق الملكية بشروط وفي أحوال مخصوصة . وهذه الإباحة لاتنتج حقا إلا إذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ، وإنما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به (استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ القضاء ص ١٠٧) . وانظر ايضا حكما من محكمة مصر الكلية الوطنية ويقول إن القانون لم يجعل حق الشفعة من الحقوق العينية ، بل صرح في المادة ٤٤ مدني بكونه سببا من أسباب الملكية والحقوق العينية وليس واحدا منها (مصر الكلية ٤ يوليه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ صفحة ٣١٧) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١ .

فى أرض جاره هو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل أو حق المرور . ومن كان شريكا مشتاعا فى منقول أو فى مجموع من المال وباع أحد شركائه حصته فى المال الشائع ، تهيأ له بذلك مركز قانونى يستطيع به أن يسترد بإرادته المنفردة الحصة المبيعة ، وهذا هو حق الاسترداد فى المال الشائع الذى بسطنا أحكامه فى الجزء الثامن من الوسيط . ومن كان شريكا مشتاعا فى عقار أو جارا مالكا لعقار ، وبيعت حصة شائعة فى العقار أو بيع عقار مجاور للعقار الذى يملكه . تهيأ له بذلك مركز قانونى يستطيع به أن يشفع بإرادته المنفردة فى الحصة الشائعة أو فى العقار المجاور ، وهذه هى الشفعة التى نحن الآن بصددها . فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تتهيأ أسبابه للشفيع ، فيكون شريكا مشتاعا فى عقار أو مالكا لعقار ، وتباع حصة شائعة فى العقار أو يباع عقار مجاور للعقار الذى يملكه . وهنا ينشأ المركز القانونى الذى أشرنا إليه ، ويكون للشفيع رخصة فى أن يتملك العقار المشفوع . ومن هنا جاء فى نص المادة ٩٣٥ مدنى سالفة الذكر أن « الشفعة رخصة » ، فالرخصة تتولد إذن بقيام هذا المركز القانونى[1] . وهذه الرخصة تخول للشفيع الحق فى أن يتملك العقار

---

(١) والأدق أن يقال إن هذا المركز القانونى لا يتولد عنه مجرد رخصة فى التملك ، بل يتولد عنه حق الشخص فى أن يتملك . وذلك أنه توجد منزلة وسطى بين الرخصة فى التملك والحق فى الملك ، هى حق الشخص فى أن يتملك . وقد قلنا فى هذا الصدد فى الجزء الأول من مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ما يأتى : «وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى ، هى أعلى من الرخصة وأدنى من الحق ... فحق التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثانى حق . وما بينهما منزلة وسطى هى حق الشخص فى أن يتملك . فلو أن شخصا رأى دارا أعجبته ورغب فى شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة فى الدار وفى غيرها ، فهذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ، وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب فى منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار . فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة فى تملك الدار كغيرها من الأعيان التى لا يملكها . وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك فى الدار . بل هو بين بين . [illegible] أى بإرادته وحده ، أن يصبح صاحب الدار . ولم يصل الفقه الغربى إلى تبين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتقى ووصل فى الرقى إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك فى الفقه الجرمانى الحديث . ويدعو الفقيه فون تور (Von Tuhr) هذه المنزلة الوسطى بالحق المنشئ ، (droit formateur) ، ويعرفه بأنه « مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانونى خاص ، فى أن يحدث أثرا قانونيا بمحض إرادته » . ويأتى بأمثلة لهذا الحق المنشئ ، يذكر منها حق من و[illegible] إليه الإيجاب ، =

المشفوع فيه بإرادته المنفردة ، وذلك بأن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك إلا بقيام مركز قانونى معين تتهيأ أسبابه

= وحق المسترد فى أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، وحق البائع وفاء فى أن يسترد المبيع ، وحق الشفيع فى أن يأخذ بالشفعة . . . ومما يقطع فى وجود هذه المنزلة الوسطى فى الفقه الإسلامى أن القرافى يقابل ، فى عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة . فيقول عن صاحب الرخصة « من ملك أن يملك » ، وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك » ، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقا ويجعل الثانى محلا للنظر . وننقل ما يقوله فى هذا الصدد : « اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ، قولان . . . وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجرى فى وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها ؟ والإنسان مالك أن يملك خادما أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكا لهما فيجب عليه كلفتهما ومؤونتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة ؟ بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه . . . بل القاعدة التى يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف فى بعض فروعها لا فى كلها ، أن من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك ؟ مع يختلف فى هذا الأصل فى بعض الفروع ، ولذلك مسائل . . . (المسألة الرابعة) فى الشفعة ، إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضى المطالبة بأن يتملك الشقص المبيع بالشفعة ، ولم أر خلافا فى أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضى أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق . . فاذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك ، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور ، قولان . فهذه القاعدة ، على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التمليك ، فى تمشيتها عسر لكثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلق من غير جريان سبب يقتضى مطالبته بالتمليك ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهر البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة . أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب ، فهذا يمكن أن يتخيل ونرصه قاعدة فى الشريعة . أما مجرد ما ذكروه فليس إلا مجرد الإمكان والقبول للتملك ، وذلك فى غاية البعد عن المناسبة – فلا يمكن جعله قاعدة » (الفروق للقرافى جزء ٣ ص ٢٠ – ص ٢١) . ويتبين مما نقلناه عن القرافى أنه يميز بين أوضاع ثلاثة : (أولا) وضع من ملك أن يملك ، كمن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادما أو دابة . . هؤلاء جميعا لا يملكون . فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثانى الصداق والنفقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة . . . وترجمة ذلك إلى الفقه الغربى أن هؤلاء جميعا ليس لهم حق الملك ، =

باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون للشفيع ، ليس حق الملك ، بل الحق فى أن يتملك . فاذا أعلن إرادته فى الأخذ بالشفعة ، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ؛ ويتحول حقه فى أن يتملك هذا العقار إلى حقه فى ملكيته ، وذلك عن طريق حلوله محل المشترى[1] .

= وإنما لهم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق . (ثانيا) وضع من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ، كما . . فى بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفى بيت المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أيضا ، على خلاف فى الرأى ، لا يملكون بمجرده جريان السبب الذى يقتضى المطالبة بالتمليك . . فالشفيع لا يملك الشقص المبيع إلا إذا أخذنا بالشفعة ، والفقير لا يملك شيئا من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربى أن هذه هى المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فهى دون الملك وفوق الرخصة . (ثالثا) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضا أوشفع فى دار . فهذا هو الذى له حق الملك » (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء أول ص ٤ – ص ٨) .

(١) وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد ، فى الجزء الأول من الوسيط ، ما يأتى : « فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عينى أو هى شىء غير ذلك ، كما يناقشون فى طبيعة الحيازة وهل هى حق عينى . ونحن لا نتردد فى الإجابة على هذه المسائل بما تقدم . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عينى أو حق شخصى ، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان فى أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عينى أو حق شخصى ، بالقدر الذى لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضا مصدر للحقوق ، حق عينى أو حق شخصى . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقا أنه لا يجوز لدائنى الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينهم . والذى ضلل الناس فى أمر الشفعة هو أنها تجعل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها فى منزلة من له الحق فى أن يتملكها ، وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة فى التملك حيث يكون الشخص أجنبيا عن الشىء ، وحق الملكية الكامل حيث يكون للشخص حق عينى فى الشىء . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أيضا فى منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة فى الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشترى الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص فى أن يتملك ، أوكما يقول القرافى فى الفروق : من انعقد له سبب المطالبة بالملك ، ويفرق بين هذا وبين من ملك أن يملك » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١) . وانظر أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٤١ ص ٢٥٥ (ويدعو هذه المنزلة الوسطى بالحق شبه العينى ، وهذه التسمية محل النظر) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « عرفت الشفعة بأنها رخصة لا حق ، لأنها ليست بحق بل هى سبب من أسباب كسب الملكية . ولا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة =

١٦٣ – الشفعة متصلة بشخص الشفيع – نص قانوني : جاء في المشروع النهائي لنص المادة ٩٣٥ مدني ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث » ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، « وترك حكمها لاجتهاد القضاء »[١] . ولما كانت الاعتبارات التي قامت عليها الشفعة ، وهي تضرر الشفيع من أن يخلف شريكه في الملك أو جاره شريك أو جار جديد ، هي اعتبارات شخصية بحتة تترك لمحض تقدير الشفيع إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء لم يأخذ بها ، لذلك لا نتردد في القول بأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ولصيقة به . ونستخلص من ذلك النتائج الآتية : (١) أن دائني الشفيع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة . (٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير . (٣) أن للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها ، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدني) . (٤) أن الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، لا تنتقل بالميراث إلى ورثته . ونستعرض هذه النتائج تباعا :

(أولا) لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة : وذلك لسببين . أولهما أن الشفعة رخصة وليست بحق ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص ، فحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد الحصة الشائعة كلاهما رخصة لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلهما مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين[٢] والسبب الثاني أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع كما قدمنا ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه ما كان متصلا بشخص المدين خاصة (م ١/٢٣٥ مدني)[٣] .

= حقا عينيا أو حقا شخصيا . وقد حذف المشروع من التعريف الذي أقرته اللجنة العبارة التي تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العينية ، فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية . وإذا أريد بهذه العبارة ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة ، أن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية ، كان هذا سببا أدعى لحذفها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ – ص ٣٤٨) .

(١) انظر آنفاً ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢د ص ٩٦٤ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٤ .

(ثانيا) لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير : فلا يجوز للشفيع ، عندما يثبت له حق الأخذ بالشفعة ، أن يحول هذا الحق إلى غيره ، وذلك أيضا لسببين . أولهما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، فلا يجوز له النزول عنها إلى غيره . والسبب الثانى أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه ، وإذا أراد الشفيع أن ينزل عن الشفعة لغيره وجب عليه أولا أن ينزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير ، فتتبع الشفعة هذا العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار (١) . وعلى ذلك إذا باع الشفيع العقار المشفوع به وأصبح المشترى مالكا لهذا العقار ، ثم بيع العقار المشفوع فيه ، كان لمشترى العقار المشفوع به وهو مالكه الجديد أن يأخذ بالشفعة ، وقد انتقلت إليه مع العقار المشفوع به . أما إذا بيع العقار المشفوع فيه قبل بيع العقار المشفوع به ، فان المالك الجديد للعقار المشفوع به لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له وقت بيع العقار المشفوع فيه . وإنما يأخذ بالشفعة فى بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، بعد أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع به .

(ثالثا) للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها بل وقبل أن يقوم بها سببها : وتنص المادة ٩٤٨(١) مدنى فى هذا الخصوص على ما يأتى :

« يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية : (أ) إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ، ولو قبل البيع »(٢) . وقد كان قانون الشفعة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة منفصلا عن العقار المشفوع به ، وهذا هو ما تقضى به طبيعة الشفعة وعلة مشروعيتها ، وقد أخذ بهذا المبدأ التقنينان الألمانى والبولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥١ – ص ٢٥٢) . وتنص المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٧ (أ) من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة « صراحة أوضمنا » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٢ (أ) . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٩ (أ) . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « صراحة أوضمنا » ، وذلك « لأنها تزيد تغنى عنه القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٨ (أ) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ – ص ٤٤٦) .

–

السابق لا يجيز النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها ، وذلك لأن القواعد العامة تقضى بأنه لا يجوز النزول عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق . فكان لا يجوز للشفيع ، قبل بيع العقار المشفوع فيه ، أى قبل أن يثبت له الحق فى الأخذ بالشفعة ، أن ينزل عن هذا الحق(١) . أما التقنين المدنى الجديد

= ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ١/١٩ : يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية : أولا – إذا حصل التنازل عنه صراحة أوضمنا ، ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أوعقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفته مالك العقار نهائيا . (ولم يكن يجوز فى قانون الشفعه السابق النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها) .

يقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٢ (١) (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ (د) (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٦ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يسقط حق الشفعة : (١) (٢) إذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة فى وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحتوى على اسم المشترى والثمن والشروط ، ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل . (٣) إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أوشاهداً على العقد ووقع إمضاءه بلا تحفظ . (٤) إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أوضمنا ، ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضا المشترى . (والقانون اللبنانى يجيز النزول عن الشفعة بطرق معينة ولكن هذه الطرق جميعا لا تكون إلا بعد ثبوت الحق فى الشفعة أى بعد بيع العقار المشفوع فيه) .

(١) أنظر فى عدم جواز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها فى قانون الشفعة السابق : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٦ – ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، تطبيقا لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه لما كان الاستشفاع حقا يخول كسب الملك ، فانه يجوز التنازل عنه مقدما وفقا للقواعد العامة ، ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود ، متى كان الملتزم يعلم مقدما كنه هذا الحق ومداه وأثر التنازل عنه . فمتى كان الحكم إذ قضى بصحة التنازل عن الشفعة مقدما بنى قضاءه على أن قانون الشفعة – الذى يسرى على موضوع الالتزام – وإن لم يورد من مسقطاتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأى أئمة الفقه الإسلامى ، إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدما ، وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام ، وليس ثمة ما يرجح التقيد برأى فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، فان ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨) .

=

فقد أجاز ذلك بنص صريح كما رأينا (م ٩٤٨ (ا) مدنى سالفة الذكر) ، وذلك تضييقا منه للحق فى الأخذ بالشفعة بعد أن حصر هذا الحق فى أضيق نطاق ، « وحتى يستطيع المشترى أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء » (١) . وعلى ذلك يجوز الآن للشفيع أن ينزل عن الحق فى الأخذ بالشفعة ، بعد ثبوت هذا الحق وقبل ثبوته ، صراحة أو ضمنا (٢) . أما النزول الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية ، كما يصح أن يكون شفويا ولكن يقع على من يتمسك بهذا النزول من مشتر أو بائع للعقار المشفوع فيه عبء الإثبات طبقا للقواعد العامة المقررة فى الإثبات . ويصح النزول فى أى وقت ، إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة (٣) . وقد يكون النزول عن حق الشفعة بعد ثبوته نزولا ضمنيا ،

= وانظر عكس ذلك وعدم جواز النزول قبل ثبوت الحق فى الشفعة : استئناف وطنى ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٥٨ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ – طنطا الكلية ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٢٦ ص ١٥٢ – استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع ، مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا . أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ، ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة . هذا هو مفهوم النزول الضمنى عن الشفعة ، وهو ما كانت تقرره المادة ١٩ من قانون الشفعة الملغى إذ نصت على أنه « يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفته مالك العقار نهائيا » . أما ما تضمنته المادة ٩٤٨ مدنى جديد من سقوط الشفعة بالنزول عنها قبل البيع ، فالمقصود منه جواز محاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة . وبهذا النص حسم القانون المدنى الجديد الخلاف الذى كان قائما قبل صدوره بشأن جواز محاجة الشفيع بمثل هذا الالتزام (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٢١٣) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٨ ص ٥١٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٤٧ .

ولا بد من صدور النزول من الشفيع شخصيا أو من ينوب عنه قانونا . والنزول عن دعوى الشفعة يعتبر نزولا عن حق الشفعة ذاته ، وقد قضت محكمة النقض بأنه حتى لو كان التنازل مقصوراً على ترك المرافعة فى الدعوى ، فان هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى بما فيها ورقة التكليف بالحضور ، ويزيل كل الآثار التى ترتبت على إقامتها من حفظ الطلب وقطع مدة التقادم ، وإنه يتفرع عن ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفعت بعد الميعاد المنصوص عليه فى القانون (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٠ ص ٨٧٨) . وانظر فى عدم جواز النزول عن الشفعة بعد صدور الحكم بثبوت الحق فيها : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٧ .

ويكون ذلك بأى عمل يصدر من الشفيع يفيد حتماً أنه نزل عن حقه . مثل ذلك أن يعترف الشفيع بالمشترى للعقار المشفوع فيه مالكاً لهذا العقار على وجه بات نهائى (١) ، كأن يتعامل معه على هذا الأساس فيشترى منه العقار أو يرتهنه أو يأخذ عليه حق اختصاص أو يرتب عليه لعقاره حق ارتفاق أو يرتب له حق ارتفاق على عقاره ، وكأن يتصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه للغير فيشهد الشفيع على هذا التصرف دون تحفظ أو يكون وسيطا بين المشترى والمتصرف له (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع لا يعتبر متنازلا عن حقه فى الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشترى مالك نهائى للمبيع . ولا يكفى فى ذلك أن يكون الشفيع ، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها ، قد اتفق مع البائع عن فسخ إجارتها وتعهد له بتسليمها إلى المشترى ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشترى مصروفات التسجيل وغيرها ، القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لإبداء رغبته ، فتى أبداها فى هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالبيع مباشرةأوبعده بأيام قلائل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨) . كذلك رفض الأخذ بالشفعة بالثمن الذى طلبه المشترى لاعتقاد الشفيع أن هذا الثمن يزيد على الثمن الحقيق لا يعتبر نزولا عن الشفعة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢ ص ٢١) . ودفع الشفيع ، الذى كان مستأجرا للأرض المشفوع فيها ، الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة ، لايفيد التزول ضمنا عن حق الشفعة ، إذ الأموال الأميرية مستحقة على الأرض بصرف النظر عن شخص مالكها ، ودفعها كان مخولا للمستأجر (الشفيع) فى عقد الإيجار ، وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٩٣) .

(٢) ويعتبر نزولا ضمنيا أن يطلب الشفيع قسمة العقار مع المشترى إن كان العقار شائعا أويتفق معه على حقوق ارتفاق (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٦ - ٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢) ، أو أن يستأجر الشفيع من المشترى العقار المبيع أويدفع الأجرة للمشترى إن كان العقار مؤجراً من البائع قبل البيع (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧) . ويعد النزول عن الشفعة إلى الغير ، وهو باطل ، نزولا ضمنيا عن الشفعة وإسقاطا لها (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٩) . ولا يجوز التمسك لأول مره أمام محكمة النقض بالنزول عن الشفعة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يجوز للمشترى أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لتهنئته له (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣١٩) .

وقد يقع نزول الشفيع عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، أى قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ويكون الغرض من ذلك أن يأمن المشترى جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء كما سبق القول . فيحصل المشترى من الشفيع على نزول صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه على البيع[1]، ويكون هذا النزول الصريح إما كتابة أو شفها وعلى المشترى عبء إثبات هذا النزول طبقا للقواعد المقررة فى الإثبات[2] . ويصح أن يكون النزول عن الشفعة قبل ثبوتها نزولا ضمنيا ، بأن يأتى الشفيع بعمل يستفاد منه حتما هذا النزول . مثل ذلك أن يكون الشفيع قد توسط بنفسه بين المشترى ومالك العقار المشفوع فيه فى عقد صفقة البيع التى صدرت من الثانى للأول ، أو رضى أن يكون وكيلا عن المشترى فى شراء العقار المشفوع فيه أو وكيلا

---

(١) ويفسر النزول عن استعمال حق الشفعة تفسيراً ضيقا . وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى عقد البيع على تنازل المشترى عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذى يجيز الشفعة فى نطاق الحدود التى بينها القانون ، فلا يجوز التوسع فى تفسيره . ومن ثم لايجوز البحث فى جواز انتقال هذا الالتزام بالنزول عن حق الشفعة إلى الخلف الخاص ، متى فسرت المحكمة شرط النزول تفسيراً سليما واستخلصت منه أنه لايفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٨٩ ورقم ١٩١ - وانظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠م ٤٢ ص ٤٦٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع قبل البيع وعدم قبوله شراءه لا يعد نزولا عن حقه فى الشفعة (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٣ص٩٤٧ - استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩)وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شخص عقاراً له ، ثم باعه المشترى للغير ، وتوافر فى البائع الأول وقت البيع الثانى شروط الأخذ بالشفعة ، فله أن يأخذ بالشفعة العقار الذى كان يملكه أولا ، ولا يعتبر بيعه إياه سابقا نزولا ضمنيا عن أخذه بالشفعة فيما بعد إذا توافرت شروط الشفعة (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣) .

(٢) هذا ويحدث كثيراً أن المشترى لعقار من شركة تخصصت فى تقسيم الأراضى وبيعها ينزل فى عقد شرائه عن الشفعة فيما يتم من البيوع التى تتولاها الشركة مستقبلا . وإذا كان المشترى يتقيد بهذا التنازل ، فان خلفه لا يتقيد به إلا إذا اشترط المشترى عليه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعتد بتنازل المشترى من الشركة فى عقد شرائه منها عن حق الشفعة ، لأن هذا التنازل لايعتبر حقا عينيا يتبع العقار فى يد كائن من كان (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) .

عن البائع فى بيع هذا العقار . وإذا شهد الشفيع دون تحفظ على عقد البيع الذى تم بين مالك العقار المشفوع فيه والمشترى ، كان هذا نزولا ضمنيا منه عن الشفعة ، ويكون النزول الضمنى هنا معاصرا لثبوت الحق فى الشفعة(١) .

(رابعا) لا تنتقل الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، إلى ورثته . فاذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه ، بأن يكون قد أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل موته ، فان حقه فى تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت ، وينتقل هذا الحق منه إلى ورثته ، حتى لو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة ، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منه . ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات ، فان ورثته يحلون محله فى الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة ، إلا إذا نزلوا عن هذا الحق . وبديهى أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه ، فان ملكية هذا

---

(١) وكانت المادة ٢٠ من قانون الشفعة السابق تنص على أنه « يجوز إثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة فى القانون بما فيها الإثبات بالبينة » . وقد اندرج هذا النص تحت رقم ١٣٩٧ مكررة فى المشروع التمهيدى . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفها « لأنها تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ فى الهامش) – وانظر استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ – ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢ – ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ – أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٥ .

أما إثبات النزول الصريح فتجب فيه ، طبقا للقواعد المقررة فى الإثبات ، الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة العقار المشفوع فيه تزيد على عشرة جنيهات . ذلك أنه فى النزول الصريح لا شىء يمنع الخصوم من الحصول على الكتابة ، أما الأعمال التى يستفاد منها ضمنا النزول عن الشفعة فهذه لا يمكن الحصول على كتابة لإثباتها (استئناف وطنى ٧ مايو سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ – استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢) .

هذا ويجوز النزول عن الشفعة بعد طلبها ، وليس للمشترى أن يطالب الشفيع بالتعويض حتى لو كانت الأثمان قد هبطت (استئناف وطنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٥ ص ٣٢٩) . أما إذا نزل الشفيع عن الشفعة فلا يجوز له أن يطلبها بعد نزوله منها ، وإنما يجوز له أن يطلبها فى بيع جديد (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ – استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧) .

وانظر فى جواز النزول عن الشفعة فى مقابل عوض يدفعه المشترى واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٢ – فقرة ٥٣٥ .

العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته ، بل إن الورثة لا يستطيعون فى هذه الحالة النزول عن حق الشفعة بعد أن صدر الحكم بثبوتها لمورثهم . كذلك من البديهى أنه إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه ، فان ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته ، فاذا بيع العقار المشفوع فيه بعد ذلك ، ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة ، ولكن لا بطريق الاستخلاف عن المورث بل بطريق الأصالة عن أنفسهم ، إذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع إلا بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار المشفوع به . كل هذه فروض الحكم فيها واضح ، وهو ما قدمناه . وإنما يقع الخلاف فيما إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، فهل ينتقل إلى ورثة الشفيع حق مورثهم فى الأخذ بالشفعة ، ويكون لهم أن يعلنوا رغبتهم فى ذلك كما كان لمورثهم أن يفعل لو أنه لم يمت ، إذا كان ميعاد الأخذ بالشفعة لم ينقض ؟

اختلفت الآراء فى هذه المسألة اختلافا بينا فى عهد قانون الشفعة السابق ، فرأى يذهب إلى أنه لا يجوز للورثة الأخذ بالشفعة وأن الشفعة لا تورث ، ورأى آخر يذهب إلى أن الشفعة تورث فيجوز للورثة الأخذ بالشفعة . وقد رددت مشروعات التقنين المدنى الجديد صدى هذا الخلاف . فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث . . . »[1] . ولكن لجنة المراجعة عدلت النص على الوجه الآتى : « والحق فى الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . . . » . وفى لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذه

---

(١) وهذا النص وضعته لجنة الأستاذ كامل صدقى ، وقد نوقش فى هذه اللجنة ، فوافقت بأغلبية الآراء على انتقال حق الشفعة إلى الورثة وعدم انتقاله إلى الموصى له (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٤ فى الهامش) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « أن اللجنة (لجنة الأستاذ كامل صدقى) جعلت الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث ، خلافا لما ذهبت إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ، ويأخذ بهذا الرأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعى ومحمد (؟) . وهو الرأى الذى يتفق مع المبادىء العامة للقانون ، فان الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية ، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٩ - ص ٣٥١) .

المسألة ، وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (١) . وترك الحكم فى هذه المسألة لاجتهاد القضاء أمر محير ، فالقضاء فيها جد مختلف . وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأن الشفعة تورث ، إلا أنه يصعب القول بأن هذا القضاء قد حسم كل خلاف ، وبخاصة أن الفقه المصرى لا يزال ، حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، منقسما كل الانقسام . بل إن المسألة فى الشريعة الإسلامية ، وهى المصدر الذى اشتق منه الشفعة ، مسألة من المسائل التى اختلفت فيها المذاهب واضطربت فيها الأقوال . ونبدأ بايراد الخلاف فى المسألة بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ثم بين أحكام القضاء المصرى ، ثم بين الآراء الفقهية ، تمهيدا لإبداء رأينا فيها .

أما الخلاف فى الفقه الإسلامى ، فقد لخصناه فى الجزء الخامس من كتابنا « مصادر الحق فى الفقه الإسلامى » على الوجه الآتى : « أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة والمشيئة لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفى رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ومفض إلى تملكه . وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشيئة ، فالإرادة تتعلق هنا بشىء له وجود سابق ، إذ الشفيع لايستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقارا معينا بالذات لأنه أولى به من مشتريه . فاذا مات الشفيع قبل أن يطلب لم تتغير حال المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٢) وهو من كتب الفقه الحنفى : وأما الضرورى (فيما تبطل به الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفعته . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الأخذ . ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث . والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام فى خيار الشرط . وجاء فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ٢١٨) وهو من كتب الفقه المالكى : فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسا على الأموال . وجاء فى المهذب (جزء

---

(١) أنظر آنف ص ٤٤٥ هامش ١

أول ص ٣٨٣) وهو من كتب الفقه الشافعي : وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشترى فى البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب . وجاء فى المغنى (جزء ٥ طبعة ثالثة ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) وهو من كتب الفقه الحنبلى : والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك أن الشفيع ، إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هى بالطلب ، فاذا لم يطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أنى على حقى من كذا وكذا وأنى قد طلبته ، فان مات بعده كان لوارثه الطلب به . وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى ، وبه قال الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى . وقال مالك والشافعى والعنبرى يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع فى الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول . أما خيار الرد بالعيب ، فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع ، . (الحال الثانى) إذا طالب بالشفعة ثم مات ، فان حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولا واحدا ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه . لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط »[1] . ونخلص مما قدمناه من الخلاف فى الفقه الإسلامى أن الخلاف محتدم فى هذا الفقه . فالحنفية والحنابلة وكثير من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة ، كالحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والثورى وإسحق ، يذهبون جميعا إلى أن الشفعة لا تورث . والذين يقولون بأنها تورث هم المالكية والشافعية . فوضح من ذلك أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وإن كان الأقرب إلى الرجحان هو القول بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وقد أيد هذا القول تأييدا قويا أحد فقهاء

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جزء ٥ ص ٧٠ - ص ٧٢ .

الحنفية البارزين ، ورد على القول الآخر ردودا جلية واضحة(١).

أما القضاء المصرى فى هذه المسألة ، فهو أيضا مختلف . قضى بعض الأحكام بأن الشفعة لا تورث(٢) ، وقضى بعض آخر بأنها تنتقل بالميراث(٣). ثم طرحت المسألة على دوائر محكمة استئناف مصر المجتمعة ، فقضت فى ٣

(١) والفقيه الحنفى الذى نشير إليه هو الزيلعى ، وقد رد على مذهب الشافعى بما يأتى : «وقال الشافعى لا تبطل بموت الشفيع أيضا ، لأن هذا حق معتبر فى الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب . ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك ، وأنه مجرد رأى ، وهو صفته فلا يورث عنه . بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه . بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق إذ هى مجرد الرأى والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع ، فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ . وإنما لا تبطل بموت المشترى لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة ، كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضى أو باعها وصيه كان له نقضه» (الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ – ص ٢٥٨) .

(٢) مصر الكلية ؛ يوليه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣١٧ – أسيوط الابتدائية (استئنافى) ٧ نوفبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٠ – الزقازيق الكلية ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٦٣ – أسيوط الكلية ٣ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٣ ص ١٦٣ – الزقازيق الكلية ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٣٣ ص ٥٦ – الاسكندرية الكلية ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ – دمنهور الجزئية ١٦ يونية سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١ – شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ – استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨١ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٥ – ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٥٤ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ – ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ – ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد أحمد فتحى زغلول ص ٨٩ – على زكى العرابى فقرة ١٤٣ .

(٣) مصر الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ – استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ – ٢ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ – ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٤٦١ .

مايو سنة ١٩٣٠ بأن الحق فى الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي(١) . ولكن عندما أنشئت محكمة النقض

---

(١) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ – المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ – وجاء فى أسباب الحكم ما يأتى : « حيث إن المسألة المطلوب الفصل فيها هى ما إذا كان حق الشفعة يبطل بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالرضاء ، أو أن هذا الحق ينتقل بعده لوارثه . وحيث إن قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الإسلامية فقد وجب الرجوع إليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . وحيث إن الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن . وحيث إن هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائى لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من نزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقهاء دائماً باب الشفعة عند باب الغصب ، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن فى كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه . وقد عمدوا إلى تخفيف وطأته بالتشدد فى شروطه والتوسع فى مسقطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد علمه بالبيع يجب عليه أن يعلن فوراً رغبته فى الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه . وحيث إن الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائياً بالقضاء أو الرضاء حق تام ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشيئته ، أو بعبارة علماء القانون(simple faculté). وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لاصق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره . وحيث إنه من جهة أخرى فانه من شروط هذا الحق فى الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فاذا زال ملكه بطلت شفعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آل إليه الملك لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع وهو يجب أن يكون مالكا وقته . وبناء على ذلك إذا مات الشفيع بطلت شفعته ولم تنتقل لوارثه لأن الوارث إنما يملك بالميراث من وقت الوفاة وهى حادثة بعد البيع . وحيث إن هذه المبادىء التى قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها . وحيث إنه وإن كان الشافعى ومالك يقولان بالإرث فى الشفعة ، إلا أن مذهب الإمام أبى حنيفة هو المذهب المعمول به فى مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف . . . وعندما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبى حنيفة هو المرجع الأصلى فى نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ عنه أحكام الشفعة فى مجموعها ، حيث خول حق الشفعة للجار وللشريك مطلق طبق هذا المذهب ، خلاف مذهبى الشافعى ومالك اللذين لا يخولانه إلا للشريك وفقط فى حالة ما إذا كان العقار لا يقبل القسمة . وحيث إنه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات للقول إنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله فى جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون إجراءات لا قانون موضوع ، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث فى الدعوى إذا كان الحق فى موضوع الدعوى قد انتقل إليه . فلهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بألا ينتقل حق الشفعة إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى » .

رفع إليها الأمر ، فقضت فى ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر : وبأن الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث(١) ،

(١) نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ – وجاء فى أسباب الحكم ما يأتى : «وحيث ان الأصل فى القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته . ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل فيها جميعا الانتقال للورثة ، إلا ما كان خاص بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت . وكما خلا القانون المصرى من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع أينتقل للورثة أو لا ينتقل . فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا إلى ورثة صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل . وحيث إن الأصل كذلك فى الشريعة الإسلامية – على مذهب جمهور الفقهاء – هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال . أما الحنفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق ، لأن الذى ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا فلورثته ، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال . فوضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين اتصفت بها حقوق . ففى خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاحقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع فان شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا فى معنى المال . أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات والخيارات تورث كما تورث الأموال ، إلا ما كان صفة خاصة بذى الخيار ، كخيار الأب فى رد هبته فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة فى الأب لا توجد فى غيره وهى الأبوة . فسبب خلافهم إذن فى خيار خيار ، على ما يقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انقدح له فى شىء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقدح له أنه صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه . وحيث إن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة فى انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى الورثة هو الذى يلائم مذهب القانون المصرى فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والحارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون ، فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته ، فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها تخلفه ورثته فيما بقى منها ، [illegible] ومن أقطعت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضى ثلاث سنين حل وارثه محله فى اختصاصه بها وأولويته باحيائها ، وإذا مات الدائن المرتهن انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل منها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله صحيح فى مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح فى مذهب أبى حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون فى خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كرأى جمهور أولئك الفقهاء والأئمة» .

وأكدت نفس المبدأ فى أحكام تالية(١) .

وأما الفقه المصرى . بعد صدور التقنين المدنى الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركا إياها لاجتهاد الفقه والقضاء . فهو كذلك منقسم . ولا يكاد الباحث يتبين فيه الرأى الراجح من الرأى المرجوح. فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الحق فى الشفعة لا يورث . ويخالف فى ذلك قضاء محكمة النقض على الوجه الذى بسطناه(٢) . ومن الفقهاء من يذهب

(١) نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ – وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : « وحيث إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، وفيما أحاله القانون إليها كالميراث والحكر وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولا تجد فيها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بصفة أصلية . أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وضعه بطابعه وأدمجه فى القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى ، فانه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الإسلامى . وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل .وحيث إن كون الشىء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس بمال فلا ينتقل ، هو بحث فى مسألة عينية فى صميم المعاملات . . وحيث إن المال فى اصطلاح القانون هو كل شىء نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقدم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولا بأنه مجرد خيار مردود إلى مشيئة الشفيع ورغبته وأنه متصل بشخصه ولا تعلق له بعين المشفوعة ، فهو زعم لا يستقيم فى ظل أحكام القانون الوضعى الذى جعل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع ، مما لا يمكن معه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال » .

وانظر أيضا نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ (وقد رددت المحكمة الأسباب التى سبق أن أوردتها فى الحكم السابق) .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ محمد على عرفه ، فتراه يقول : « إن المشرع ، وقد عرف الشفعة فى المادة ٩٣٥ من القانون المدنى الجديد بأنها رخصة لا حق ، يكون قد دل بذلك على ترجيحه لاتجاه الحنفية فى تكييف الشفعة بأنها إرادة ومشيئة ؛ وهى بهذه المثابة لا يمكن القول بانتقالها إلى الورثة .. ونحن فى هذا نتفق مع حكم الدوائر المجتمعة ، ولكننا لا نتابعه فى =

إلى عكس هذا الرأى ويقول بأن الحق فى الشفعة يورث ويتفق فى ذلك مع قضاء محكمة النقض (١) .

= النتيجة التى انتهى إليها . وذلك لأننا نرى أن الرخص تتأكد باستعمالها ، فاذا ما ألبست الرخصة ثوب الدعوى فانها تتحقق نهائيا أى تنقلب إلى حق . . . يخلص من ذلك أننا نرى أنه إذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه سقطت الشفعة بوفاته ، إذ لاتكون الدعوى مقبولة ابتداء من ورثته لأنهم لم يكونوا مالكين وقت البيع سبب الشفعة ، وهو شرط أساس لثبوت الشفعة . ولاتقبل منهم الدعوى بصفتهم ورثة للشفيع ، إذ أن الشفيع لم يرفع بعد الدعوى باسمه هو حتى يحل ورثته محله فيها . أما إذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل وفاته ، فانها تصبح جزءاً من ذمته ، وتنتقل بالتالى إلى ورثته مع أموال التركة الأخرى (محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٠) — ومنهم الأستاذ عبد المنعم البدراوى إذ يقول : « يبدو أنه إذا توفى الشفيع قبل استعمال حقه ، لم ينتقل حقه إلى ورثته : فحق الشفعة يكون قد سقط عنه ، ولايستطيع الورثة الأخذ بالشفعة لأنهم لم يكونوا ملاك وقت البيع » (عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٢ ص ٤٥٢) — ومنهم الأستاذ اسماعيل غانم . وهو يقول : « ويبدو أن الرأى السليم هو ماذهبت إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ، لا على أساس التقيد بالمذهب الحنفى ، وإنما على أساس أن من شروط الشفعة ، طبقاً لما تقتضيه الحكمة المقصودة منها ، أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة .. ووارث الشفيع لم يكن مالك للعقار وقت البيع . هذا إلى أن إسقاط الشفعة بموت الشفيع يتمشى مع اتجاه المشرع فى التقنين المدنى الحالى إلى التضييق منها . ومن رأينا ، بناء على ما تقدم ، أن موت الشفيع يترتب عليه سقوط حق الشفعة ، ولو طرأت الوفاة بعد إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة أوحتى بعد رفع دعوى الشفعة» (اسماعيل غانم ص ٩٢) — ومنهم الأستاذ حسن كيرة ، حيث يقول : « ونحن نفضل القول بأن الشفعة لا يمكن أن تورث ، لأن المشرع فى القانون الجديد يصفها صراحة بأنها رخصة ؛ ومن المسلم أن الرخص لا تورث كالحقوق . فضلا عن أنه ، كما قالت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف ، يتخلف شرط جوهرى هو أن يكون الوارث غير متملك وقت البيع مع أن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسى فى الأخذ بالشفعة . ويجب أن نلاحظ أنه إذا رفعت الدعوى بالشفعة فقد صارت حق للشفيع ، وهذا الحق هو حق مالى ، ولذلك ليس ثمة مايمنع من أن يرث ورثة الشفيع إذا توفى بعد رفع الدعوى هذا الحق ، لأنهم يرثون حينئذ حقا ولايرثون رخصة » (حسن كيرة ص ٢٥) — وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٦٠ ص ٣٦٢ .

(١) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ شفيق شحاتة وهو يقول : « هذا وإن حق طلب الشفعة لايسقط بموت الشفيع ، وقد قضت بذلك محكمة النقض . . . ولو فرض أن المورث كان يملك طلب الشفعة ، فان الوارث يستطيع أن يباشر هذا الحق إذا ما انتقل إليه ، وهو لا يحتاج إلى إثبات أن شروطه متوافرة بالنسبة إليه إذا كانت الشروط قد توافرت بالنسبة إلى مورثه . ولاشك أن حق الشفعة ينتقل بعد إبداء الرغبة إلى وارث الشفيع ، ذلك أن الحق بعد الإعلان

ونحن إزاء هذا الخلاف المحتدم ، وقد شمل كلا من الفقه الإسلامى وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء ولم يسعف فيه نص صريح فى التقنين المدنى إذ ترك هذا التقنين الأمر لاجتهاد القضاء(١) ، لايسعنا إلا أن نتقدم إلى القضاء بالملاحظات الآتية :

= قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عينى ينتقل إلى الورثة كالحق العينى سواء بسواء» (شفيق شحاتة فقرة ٢٥٨) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة وهو يقول : « ونحن نقر ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، وإنما ينتقل إلى ورثته . ونعتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى لومات الشفيع قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى . ذلك أن الشفعة ، ولو أنها رخصة تتعلق بمشيئة الشفيع ، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به فتنتقل منه إلى الوارث » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٧ ص ٤٩٨) - ومنهم الأستاذ منصور مصطفى منصور وهو يقول : « ونرى أن رأى محكمة النقض هو الرأى الصحيح . ولايصح الاعتراض عليه والقول إن الوارث لا يجوز له أن يأخذ العقار بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للعقار الذى يشفع به وقت البيع إذ يجب أولا الفصل فى مسألة ما إذا كان حق الأخذ بالشفعة يورث أو لا يورث . فإذا قلنا مع محكمة النقض أنه يورث ، فينتقل هذا الحق إلى الوارث بالحالة التى كان عليها وقت وفاة المورث . وعلى ذلك فاذا مات المورث قبل أن يتخذ أى إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة فلم يعلن رغبته ، كان للوارث أن يعلن الرغبة فى الميعاد المحدد لذلك مادام أن هذا الميعاد لم ينته به . وإذا كان المورث قد باشر بعض الإجراءات ، فعلى الوارث أن يستمر فيها كما لو كان المورث لا يزال حيا ويباشر هو الإجراءات » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧) . قارن أيضا محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٤ وفقرة ٥٦١ .

هذا وقد قررنا فى الجزء الخامس من مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ما يأتى : « ولاشك فى أنه مادام أن النص الذى كان مشروع التقنين المدنى الجديد يشتمل عليه لحسم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التى أحاط بها الشفعة تخففا من أثرها فى تقييد حرية التعامل قيداً جديداً بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء فى هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض فى حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهة ، قد حسمت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالى ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية » (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جزء ٥ ص ٧٥) - وهذا الذى قلناه لايمنعنا من معاودة النظر فى هذه المسألة لبحث الأمر بحثا غير متأثر بقضاء محكمة النقض . فقد كنا فيما قدمناه أقرب إلى أن نقرر الواقع ونسجل ماجرى به القضاء ، منا إلى تمحيص هذا القضاء وتقرير ما ينبغى أن يكون .

(١) أما فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فقد جاء فى تقنينين منها نص صريح يأخذ بانتقال حق الشفعة بالميراث . فنصت المادة ١١٣٣ / ٣ مدنى عراقى على ما يأتى : « ومتى ثبتت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع أو المشترى أو الشفيع » . ونصت المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفرغ عنه لشخص آخر » .

يجب بادىء ذى بدء أن نحدد المسألة تحديدا دقيقا ، فقد قدمنا أن المقصود بحق الشفعة ، الذى ينظر فى انتقاله إلى الورثة أو عدم انتقاله ، ليس هو الحق الذى استقر للشفيع قبل موته بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . ففى رأينا - وسنبسط ذلك فيما يلى - أن الشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحل باعلان هذه الرغبة محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع . ولا شك فى أنه إذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه ، إلى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاء بها . والذى يستلفت النظر فى الأحكام الثلاثة التى صدرت من محكمة النقض فى هذه المسألة ، هو أن الثابت من وقائع الدعوى فى كل منها أن الشفيع لم يمت إلا بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، بل وبعد أن رفع الدعوى بها . فالأحكام الثلاثة التى قضت كلها بانتقال الشفعة إلى الورثة تكون إذن ، من وجهة النظر التى أبديناها ، صحيحة. ولكن محكمة النقض ، كما سنرى ، تذهب إلى أن حق الشفيع لا يثبت إلا عند صدور الحكم . وأيا كان الوقت الذى يثبت فيه للشفيع الحق فى الحلول محل المشترى - وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم - فان المسألة التى نبحثها هنا هى هل ينتقل إلى الورثة الحق فى الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه و قبل أن يثبت له حق الحلول محل المشترى ، أى قبل إعلان الرغبة فى رأينا أو قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة فيما ذهبت إليه محكمة النقض ؟ هناك فرضان لا يجوز الخلاف فيهما : (١) إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة ، فلهؤلاء أن يأخذوا بالشفعة عند بيع العقار المشفوع فيه ، وهم يأخذون بالشفعة كما قدمنا أصالة عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم . (٢) إذا مات الشفيع بعد أن حل محل المشترى ، سواء باعلان الرغبة فى الرأى الذى نقول به أو بصدور الحكم بثبوت الشفعة فى الرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض ، كان للورثة أن يأخذوا بالشفعة ، ولكن لا أصالة عن أنفسهم كما فى الفرض الأول ، بل لأنهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل إليهم حقه بالميراث .

والفرض الذى يجوز فيه الخلاف هو ، كما قدمنا ، الفرض الذى يموت فيه الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشترى . وهنا ننظر إلى المسألة من ناحية تطبيق المبادىء العامة للقانون المدنى ، ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى وهو المصدر الذى اشتقت منه نصوص الشفعة .

فمن ناحية تطبيق المبادىء العامة للقانون المدنى ، يجب القول إن الشفيع فى الفرض الذى نحن بصدده ، بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشترى ، لم يثبت له حق فى العقار المشفوع فيه . وليست الشفعة فى هذه المرحلة إلا رخصة ، أو هى منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق[1] . وسواء كانت رخصة أو كانت منزلة وسطى ، فهى لم تكسب الشفيع بعدُ حقاً كاملا فى العقار المشفوع فيه . والذى ينتقل إلى الورثة من مورثهم هى الحقوق الكاملة التى ثبتت للمورث ، ولا ينتقل إليهم رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة[2] . ومن ثم لا يجوز القول ، من ناحية المبادىء العامة للقانون المدنى ، إن الشفعة فى الفرض الذى نحن بصدده تنتقل إلى الورثة .

ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى ، نرى أن المذهب الفقهى الذى هو أقرب إلى المبادىء العامة للقانون المدنى هو المذهب الحنفى ، فهو يقول عن الشفعة إنها إرادة ومشيئة . وهذه الإرادة أو المشيئة هى التى نعبر عنها فى القانون بأنها رخصة أو هى المنزلة الوسطى ما بين الرخصة والحق ، فهى لا تورث لا فى القانون ولا فى المذهب الحنفى . ونحن نأخذ هنا بالمذهب الحنفى لا لأنه هو المذهب الواجب الأخذ به فى الفقه الإسلامى ، فنحن نسلم بجواز الأخذ بأى مذهب وبأى قول فى الفقه الإسلامى فى المسائل المالية ، ما دام هذا المذهب أو هذا القول هو الذى ينسجم مع مبادىء القانون المدنى . وقد رأينا أن المذهب الحنفى هو الذى ينسجم مع مبادىء القانون المدنى فى هذه

---

(١) أنظر آنفا ص ٤٤٩ هامش ١ .

(٢) ومن أجل ذلك لا ينتقل إلى الورثة حق مورثهم فى قبول الإيجاب الموجه إليه إذا كان هذا الإيجاب غير ملزم وكان من وجه إليه الإيجاب قد مات قبل أن يقبل الإيجاب . فهناك أيضا يكون الحق فى القبول هو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، وليس بحق كامل ، ومن ثم لا ينتقل إلى الورثة .

المسألة ، ومن أجل ذلك نأخذ به . ثم إنه من المقرر فى الفقه الإسلامى ، وهو مقرر أيضا فى القانون نقلا عن الفقه الإسلامى ، أن الشفيع يجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، وأن يبقى هذا الملك متصلا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فاذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة ، فان ورثة الشفيع لا يستطيعون الأخذ بالشفعة باعتبارهم ورثة ، إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشيئة متصلة بشخصه ، وهذه لا تورث[1] . وهم لا يستطيعون أيضا الأخذ بالشفعة أصلاء عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به الذى انتقلت ملكيته إليهم من مورثهم ، وذلك لأنهم كانوا لا يملكون العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فملكيتهم غير متصلة . ويعبر الزيلعى عن هذا المعنى فى عبارات جلية إذ يقول : « . . . بخلاف الشفعة لأنها مجرد الرأى والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع . وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ، ولا فى حق الوارث وقت البيع . فبطلت ، لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ »[2] . ودع عنك ، بعد كل هذا ، أن القول بعدم انتقال الشفعة إلى الورثة هو القول الذى يتفق مع فكرة التضييق فى حق الشفعة ، وهى الفكرة التى سادت نصوص الشفعة فى التقنين المدنى الجديد .

بقى أن نستعرض فى إيجاز موقف محكمة النقض فيما ذهبت إليه من انتقال الشفعة بالميراث . فهى فى حكمها الأول الصادر فى ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ قد أفرطت فى الاستناد إلى الفقه الإسلامى ، واستخلصت من هذا الفقه رأيا راجحا أسندته إلى المالكية والشافعية والإسناد هنا صحيح ، وإلى الحنابلة

(١) ويشبه ذلك حق التعويض عن الضرر الأدبى ، فهو أيضا متصل بشخص المضرور . ومن أجل ذلك لا يورث ، إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ٢٢٢/١ مدنى) .

(٢) الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ – ص ٢٥٨ – وانظر آنفا قوله كاملا فى ص ٤٦٢ هامش ١ .

والإسناد هنا محل للنظر فقد أوردنا فيما قدمناه المذهب الحنبلي وهو أقرب إلى المذهب الحنفي[1] . واستخلاص رأى راجح فى الفقه الإسلامى يقول بتوارث حق الشفعة على النحو الذى ذهبت إليه محكمة النقض هو أيضا محل للنظر ، فقد قدمنا أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وأن الحنفية والحنابلة وكثيرا من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة يقولون بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وأن هذا القول هو الأقرب إلى الرجحان. ولم يستوقف محكمة النقض هذا التمييز الدقيق بين خيار وخيار الذى ورد فى المذهب الحنفى ، وهو من التمييزات المنطقية المحكمة التى اشتهر بها هذا المذهب . وقد أحسنت محكمتنا العليا التعبير عنه ، وإن كانت لم تأخذ به ، حين تقول : « فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل إلى الورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . ففى خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاصقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا فى معنى المال». وإذا كانت محكمة النقض قد أفرطت فى الاستناد إلى الفقه الإسلامى فى حكمها الأول ، فهى فى حكمها الثانى الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ قد فرطت فى الاستناد إلى هذا الفقه ، إذ تقول : « فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل »[2] . وعند المحكمة أن « الاستشفاع . . توافرت فيه

---

(١) أنظر آنفا ص ٤٦١ .

(٢) ووجه التفريط هنا أن محكمة النقض تكاد تعلن أنها لا تعتد بالفقه الإسلامى فى مسألة من مسائل الشفعة ، تضاربت فيها النصوص فى المشروع التمهيدى والمشروع النهائى لموضوع الشفعة ، واختلفت فيها المحاكم اختلافا بينا ، وزخرت مذاهب الفقه الإسلامى فيما أوردته من أقوال فى شأنها . وليس ثمة شك فى أن الفقه الإسلامى هو المصدر الذى استقى منه المشرع المصرى نصوص الشفعة ، فوجب الرجوع إليه فى تفسير ما غمض من هذه النصوص وفى استكمال –

عناصر المالية . . وجب اعتباره مالا » . وتستدل على ذلك بأحكام القانون الوضعى « الذى جعل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع » . وتستخلص محكمة النقض من ذلك أنه لا يمكن القول « بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال » . ولا توجد علاقة ظاهرة بين ما تقدمت به المحكمة من أدلة وبين ما انتهت إليه من نتيجة . ثم إنه لا يوجد تعارض بين أن تكون الشفعة حقاً متصلا بشخص الشفيع وأن تكون متعلقة بالمال ، فكثير من الحقوق التى تتصل بشخص الدائن يمكن أن تتعلق بالمال ، كحق النفقة وحق التعويض عن الضرر الأدبى . وأخيرا يؤخذ على قول محكمة النقض إن الاستشفاع وهو الحق فى الأخذ بالشفعة يجب اعتباره مالا ، أن الفرق بين الاستشفاع والمال هو الفرق بين السبب والمسبب ، فالاستشفاع إنما هو سبب لكسب المال وليس بمال . ومن أجل ذلك لا ينتقل الاستشفاع ، كما ينتقل المال ، إلى الوارث ، لأنه سبب متروك إلى إرادة الشفيع ومتصل بشخصه .

مما نقص منها . هذا إلى أن المادة الأولى من التقنين المدنى ، عندما تعدد مصادر القانون التى تستقى منها الأحكام مباشرة ، تذكر بعد النصوص التشريعية والعرف مبادىء الشريعة الإسلامية . فبادىء الفقه الإسلامى أصبحت ، بموجب هذا النص ، من بين المصادر التى يستقى منها مباشرة القانون الوضعى . وليس أولى من نظام الشفعة ، بين النظم القانونية التى اشتمل عليها التقنين المدنى ، بالرجوع فيه إلى مبادىء الفقه الإسلامى . ولا نتقيد فى الرجوع إلى هذه المبادىء بمذهب دون مذهب ، بل نختار من مذاهب الفقه الإسلامى ومن أقوالها ما هو أكثر ملاءمة لحاجات العصر ، وأشد انسجاما مع المبادىء العامة التى تسود التقنين المدنى .

ويلاحظ مع ذلك أن التكييف القانونى للتصرف تتبع فيه مبادىء القانون المدنى دون مبادىء الفقه الإسلامى . مثل ذلك أن الشفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار . فتكييف التصرف بأنه بيع تتبع فيه مبادىء القانون المدنى ولو خالفت مبادىء الفقه الإسلامى ، فلا تندرج المقايضة ضمن البيع تبعا لمبادىء القانون المدنى وإن كانت تندرج تبعا لمبادىء الفقه الإسلامى . وكذلك تكييف المال بأنه عقار تتبع فيه مبادىء القانون المدنى ولوخالفت مبادىء الفقه الإسلامى ، فالبناء يعتبر عقاراً ولوأنه فى بعض المذاهب الإسلامية يعتبر منقولا . ثم إن تكييف البيع بأنه باطل أوقابل للإبطال أو صحيح ، أوأنه معلق على شرط واقف أوعلى شرط فاسخ ونحو ذلك ، تتبع فيه مبادىء القانون المدنى ، دون مبادىء الفقه الإسلامى من تقسيم البيع إلى باطل وفاسد وموقوف ونافذ ولازم .

١٦٤ – التشريعات المتعاقبة فى الشفعة – أنصار الشفعة وخصومها – التضييق فى حق الشفعة فى التقنين المدنى الجديد : كانت أحكام الفقه الإسلامى فى الشفعة هى المعمول بها قبل صدور التقنين المدنى المختلط ثم التقنين المدنى الوطنى السابق . ولما صدر هذان التقنينان اشتمل كل منهما على نصوص فى الشفعة هى تقنين لأحكام الفقه الإسلامى . صدر التقنين المدنى المختلط أولا ، فاشتمل على المواد ٩٣ – ١٠١ والمادتين ٥٦٢ – ٥٦٣ تقرر حق الشفعة وتنظم هذا الحق . فجعلت الشفعة فى العقار (م ٩٣ – ١٠١) ، وكذلك فى المنقول حيث أضيفت الشفعة إلى حق الاسترداد (م ٥٦٢ – ٥٦٣) . كما جعلت « لمن أعار أرضه لإنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة ، إذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية » (م٩٣) ، فيشفع صاحب الأرض فى البناء أو الغرس إذا باعه صاحبه . ثم جعلت الشفعة للشريك فى العقار الشائع ، ثم للجار . « وفى كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمى الحاصل له بابداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق ، وإلا سقط حقه » (م ١٠١) . ثم صدر التقنين المدنى الوطنى ، فاشتمل على المواد ٦٨ – ٧٥ تقرر حق الشفعة فى العقار ، أما حق استرداد الحصة الشائعة فقد جعل فى العقار والمنقول (م٤٦٢) . وأحكام الشفعة فى التقنين المدنى الوطنى تماثل ، فيما عدا فروقا قليلة ، أحكام الشفعة فى التقنين المدنى المختلط . ومن هذه الفروق مانصت عليه المادة ٧٥ من التقنين المدنى الوطنى من أنه « يجب على من له حق الشفعة ، ويرغب الأخذ بها ، أن يبين رغبته فى ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار ، فى ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشترى بابداء رغبته ، وإلا سقط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق » .

وقد أظهر العمل أن هذه النصوص ليست وافية ، واستدعى اقتضابها الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى ، فأدى ذلك إلى تناقض الأحكام . فصدر قانون خاص بالشفعة ، هو الأمر العالى الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة إلى القضاء المختلط ، والأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

بالنسبة إلى القضاء الوطني . وبذلك انفصل قانون الشفعة عن التقنين المدني ، وألغى هذا القانون النصوص السابق الإشارة إليها في التقنين المدني . وهذا هو قانون الشفعة السابق ، الذي استمدت منه نصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد ، بعد أن أعيدت هذه النصوص إلى مكانها الطبيعي في التقنين المدني . وقد جعل قانون الشفعة السابق الشفعة في العقار للشريك في العقار الشائع أولا ، ثم للجار المالك في أحوال معينة . واعتبر شريكا في العقار المشفوع فيه من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه . ويسقط حق الشفعة إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بها في ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته ، ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا . وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى ، والحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ويحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته ، فاذا ظهر أن العقار المشفوع فيه مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ، ولكن ليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى في دفع الثمن إلا برضاء البائع . وقد كان قانون الشفعة السابق أوفى بكثير مما سبقه من النصوص التي وردت في التقنينين الوطني والمختلط ، وعالج كثيرا من وجوه النقض في هذه النصوص .

وعند إعداد المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، لم يعدل المشروع في النصوص التي كانت لجنة الأستاذ كامل صدقي قد وضعتها في شأن الشفعة مستمدة إياها من قانون الشفعة السابق كما قدمنا ، بل بقيت هذه النصوص كما هي مع تعديل طفيف في ترتيبها وفي بعض أحكامها . وقد استقر رأى هذه اللجنة ، بعد مناقشات طويلة(١) . على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية.

---

(١) أنظر هذه المناقشات في محضر جلسة ١٤ مايو سنة ١٩٣٧ للجنة الأستاذ كامل صدقي . وقد انقسم الأعضاء في الرأي ، فبعض رأى الإبقاء على الشفعة بالنسبة إلى الشريك في الملك وإلغاءها بالنسبة إلى الجار ، وبعض رأى الإبقاء على الشفعة كلما كان من شأنها جمع عناصر الملكية في يد واحدة بعد تشتتها وتجزئتها والاعتراف بحق الشفعة للجار في حالة وجود حق

وقد كان للشفعة خصوم يرون وجوب إلغائها لأنها قيد خطير يرد على حرية التعاقد ، ولم يعد لها ما يسوغها ، وبخاصة الشفعة بسبب الجوار . غير أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد استبقى الشفعة كاملة بما فى ذلك الشفعة بسبب الجوار ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ماتفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة [1] . وعند نظر المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، حذفت هذه اللجنة الشفعة بسبب الجوار ، إذ هى موضع خلاف بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يقول بها إلا المذهب الحنفى مع تقييدها بشروط معينة . وعلى ذلك قدم المشروع النهائى لنصوص الشفعة إلى مجلس النواب خالية من الشفعة بسبب الجوار . فاحتدمت المناقشة فى هذا المجلس ، بين مؤيدين لإلغاء شفعة الجوار ومنادين بوجوب إرجاعها . وانتصر أخيرا الرأى القائل بوجوب إرجاعها ، وأقر مجلس النواب نصوص الشفعة بعد أن أعاد إليها النص الخاص بالشفعة بسبب الجوار [2] .

= ارتفاق على الأقل . وأشار بعض الأعضاء إلى الأضرار الملازمة لنظام الشفعة من مساومات تجرى بين بعض الجيران يمكن وصفها بأنها مساومات استغلالية ، ومن أن الشفعة من الوجهة الاقتصادية سبب من أسباب تخفيض قيمة الملك ، ومن حالة عدم الاستقرار التى يستهدف لها الملاك فى أثناء قيام النزاع على الشفعة الذى قد يطول أمره بضع سنين . وقال بعض الأعضاء إنه حتى لا يبقى مصير الملك معلق أو مشكوكا فيه أمداً طويلا يجب تقصير المواعيد الخاصة باستعمال حق الشفعة ، والتوسع فى حالات سقوط هذا الحق . وتأسيسا على ذلك رأى بعض الأعضاء التسليم بجواز النزول مقدما عن حق الشفعة قبل ثبوته ، وإلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة وإلا سقط حقه فيه ، والتضييق فى حالات التزاحم بين الشفعاء ، ومنع الشفيع من الرجوع فى الشفعة تعسفا بعد استعمال حقه فيها . وقد وافقت اللجنة أخيراً ، بأغلبية الآراء ، على استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى كل من الشريك فى الملك ومالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، وكذلك بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق – أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ – ص ٣٦٢ فى الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٣ .

(٢) كانت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، بعد أن تلقت المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد خلواً من الشفعة بسبب الجوار ، قد أضافت نصا يجعل حق الأخذ بالشفعة « للجار المالك فى الأراضى الزراعية ، إذا كانت أرضه لها أوعليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها » . ولما عرضت نصوص الشفعة على مجلس النواب ، احتدمت المناقشة فى الشفعة بسبب الجوار. =

وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أحد الأعضاء إلغاء شفعة الجوار « وعدم

وافتتح المناقشة أحد الأعضاء مطالب باعادة الشفعة بسبب الجوار كما كانت فى قانون الشفعة السابق ، وقال فى هذا الصدد : « نحن بلد شرقى له عاداته وتقاليده ، وكنت أظن أن الحكومة ستعمل فى مشروعها الجديد على رفع القيود الواردة فى القانون الحالى ، فتوسع نطاق حق الشفعة لا أن تضيقه ، حتى يصبح من حق الجار أن يشترى العقار بطريق الشفعة إما دفعا لضرر كما قلت ، وإما لتمكين الجار من شراء الأراضى المتداخلة فى أرضه ، فيتحقق ما نصبو إليه من استواء الأراضى وحسن تقسيمها » . فرد أحد الأعضاء قائلا : « الواقع أن حق الشفعة بالنسبة للجار فى الشريعة من المسائل الخلافية التى فيها رأيان ، رأى راجح ورأى مرجوح . فأما الرأى المرجوح فهو رأى الإمام أبى حنيفة الذى يرى وحده دون الأئمة الثلاثة جواز الشفعة للجار... أما باقى الأئمة فهم لا يجيزون هذا النوع من الشفعة . . . بل رأوا أن المصلحة فى أن يكون كل من المالكين حراً فى أن يبيع لمن يشاء لجار أو لغيره . . هذا فيما يتعلق بالشريعة . أما فيما يتعلق بالموضوع فلست أدرى ماهى العلة التى تحملنا على أن نبيح ما يراه زميلى المحترم . ولكى أزيد المسألة وضوحا أضرب لكم مثلا . . . هبوا أن . . . يملك فى أسيوط ٩٩٩ فدانا وأملك أنا بجواره فدانا واحداً . . وأردت أن أرحل من أسيوط إلى القاهرة . ولكن لى . . . قريبا يملك فدانا واحداً كذلك ، ولسوء حظه لم يكن فدانه ملاصقا لفدانى . فلما عزمت أن أبيع له فدانى ، جاء .. وقال إن فدانك ملاصق لأرضى وأريد أن امتلكه حتى يصبح عندى ألف فدان (أى رقم دائرى) . فيريد أن يجبرنى محتجا بالشفعة على أن يأخذ منى هذا الفدان دون أخى أو قريبى » . وأضاف أحد الأعضاء قائلا : « أضيف إلى ماقاله زميلى أنه أكثر الذين تناولوا مواد الشفعة من رجال القانون يعتبرون أنها حق مكروه كالطلاق . أما سوء الجوار الذى يقول به زميلى . . فقد انتهى أمره ، لأن الناس كانوا قلة فى الماضى ، وكان يمكن أن يؤذى الجار جاره . أما فى الوقت الحاضر فقد زاد العمران وزاد عدد السكان ، وأصبح الإنسان لا يعرف جاره » . ثم عارض أحد الأعضاء قائلا : « إن حق الشفعة كان معروفا فى مصر من زمن بعيد ، وأريد تقييده ، فصدر قانون بذلك سنة ١٩٠١ اشترط لثبوت حق الشفعة الجوار من حدين ، ومنعها فى البيع للأخ أو الأب أو الابن أو القريب من الدرجة الثانية أو الزوجين .. أما القول اليوم بمنع الشفعة إطلاق على أساس القول بحرية التعاقد ، فكلام بعيد عن الحقيقة » . فرد أحد الأعضاء : « الواقع أن الجار القوى لا يشترى إلا بأبخس الأثمان ، وهذا هو الذى يلجىء الجار الضعيف تحت سيف التهديد بحق الشفعة من الجار القوى إلى الاحتيال على القانون برفع الثمن . ومن ثم يأتى الجار القوى . . ويطالب بحق الشفعة فتنشأ المنازعة وترفع القضايا . . نحن الآن أمام مشكلة الملكيات الكبيرة ونريد أن نقضى عليها قضاء مبرما ، لأن عهد العبودية والاستعباد الأرضى يجب أن يزول » . فعاود العضو المعارض معارضته قائلا : « تساءلت عن الحكمة التى حدت بالحكومة واللجنة إلى هذا التقييد ، وطالبت بإيضاح المبرر له ، فتكلم . . وتحدث عن الملكية الكبيرة وأن الشفعة تحد من هذه الملكية . لا ياسيدى لم يقل أحد بذلك . فنحن بصدد تشريع عام لا تشريع يتعلق بالملكية الكبيرة أو الصغيرة . . إذا أردتم تعديلا فى التشريع فبينوا السبب الذى يبرر هذا التشريع ، وإذا أردتم الحد من الملكية الكبيرة فحلوا منها ماشئتم . . حلوا من الرأسمالية وحاربوها ، لعنة الله عليها وعلى من يحبها ، إنما نحن بصدد تشريع ، والتشريع لا بد له من مبرر ، والحكومة ومن تكلموا لم يذكروا أى مبرر يصح أن يتخذ سببا لهذا التعديل » . —

الأخذ بتعديل مجلس النواب ، خصوصا وأن الجوار أصبح لا يعتد به الآن ، وقد لا يعرف الجار جاره ، وأن التوسع فى الأخذ بالشفعة ينافى الشعور السائد فى منع تكتل الملكية » . ولكن اللجنة ، بأغلبية الآراء ، أقرت شفعة الجوار ، ووافقت على المشروع بالتعديل الذى أدخله مجلس النواب (١) . وعلى ذلك أقر المشروع فى مجلس الشيوخ على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، شاملا لشفعة الجوار ، ومستحدثا فى قانون الشفعة السابق لبعض أحكام تفصيلية سنعرض لها فى مواضعها .

ومهما يكن من أمر استبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية ، ومن أمر الاحتفاظ فيها بشفعة الجوار ، فقد شاعت فى نصوص التقنين المدنى الجديد فى الشفعة روح التضييق من هذا الحق . وتظهر هذه الروح جلية فى تعديلات استحدثها التقنين المدنى الجديد ، نذكر منها ما يأتى :

١ – أهم تعديل استحدثه التقنين المدنى الجديد ، للتضييق من حق الأخذ بالشفعة ، هو التعديل القاضى بوجوب إيداع الشفيع خزانة المحكمة « كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فان لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة » (م ٩٤٢ / ٢ مدنى) . ولم يكن قانون الشفعة السابق يوجب هذا الإيداع ، بل كان يقتصر على النص على أن يكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة « مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » (م ١٤ / ١ من قانون الشفعة السابق) . فلم يكن عرض الثمن عرضا حقيقيا محتما ، يله الإيداع فى خزانة المحكمة ، بل كان يكفى أن يبدى الشفيع استعداده لدفع الثمن وملحقاته فى صحيفة دعوى الشفعة . فوضع التقنين المدنى الجديد بإيجابه إيداع الثمن خزانة المحكمة ، حدا لدعاوى الشفعة غير الجدية التى يقصد بها فى الغالب فتح المجال للمضاربة عن طريق تهديد المشترى حتى يضطر إلى مساومة الشفيع على ترك دعوى الشفعة لقاء مبلغ من المال . لا سيما إذا لوحظ

= وانتهت المناقشة بأن وافق مجلس النواب على اقتراح قدمه أحد الأعضاء يقضى بإعادة الشفعة بسبب الجوار كما كانت عليه فى قانون الشفعة السابق – أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٧٣ – ص ٣٨٤ فى الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٤ – ص ٣٨٥ .

أن الشفيع لم يكن ملزما فى قانون الشفعة السابق ، كما هو ملزم فى التقنين المدنى الجديد (م ٩٤٣ مدنى) ، بقيد الدعوى فى ميعاد معين . فكان يكتفى باعلان صحيفتها دون أن يقيدها ، ثم يفتح الباب لمساومة المشترى . وهكذا ضيق التقنين المدنى الجديد بهذا الحكم أشد التضييق من حق الشفعة ، إذ أصبح واجبا على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة ؛ وليس هذا بالأمر اليسير فى كثير من الأحوال.

٢ — أجاز التقنين المدنى الجديد نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ ا مدنى) ، فمهد بذلك السبيل للمشترى فى أن يحصل على نزول الشفيع عن الشفعة مقدما قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك حتى يطمئن إلى مصير الصفقة ، وقد سبق بيان ذلك[1] . أما قانون الشفعة السابق ، فعبارته الواردة فى المادة ١٩ (أولا) منه تفيد أنه لا يجوز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، وان كانت محكمة النقض قد قضت ، تطبيقا لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن النزول عن الشفعة جائز حتى قبل البيع[2] .

٣ — منع التقنين المدنى الجديد الأخذ بالشفعة « إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » (م ٩٣٦ ب مدنى) . أما قانون الشفعة السابق ، فقد كان ينص فى المادة ٣ منه على أنه « . . . لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » . ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد قد توسع فى منع الأخذ بالشفعة ، فضيق من هذا الحق ، بأن منعه فى البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التى اقتصر عليها قانون الشفعة السابق ، ومنعه فى البيع ما بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق يمنعه فى البيع ما بين الأصهار أصلا .

٤ — أسقط التقنين المدنى الجديد الحق فى الأخذ بالشفعة « إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » (م ٩٤٨ ب مدنى) ، فى حين أن

---

(١) أنظر آنفا ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ — وانظر آنفا ص ٤٥٤ هامش ١

قانون الشفعة السابق فى المادة ٢٢ منه كان لا يسقط الشفعة إلا « بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » .

٥ — نص التقنين المدنى الجديد صراحة على أنه إذا توافرت فى المشترى الشروط التى كانت تجعله شفيعا ، « فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته » (م ٣/٩٣٧ مدنى) . وقد كانت محكمة النقض ، بالتطبيق لأحكام القانون الشفعة السابق ، لا تفضل المشترى الشفيع على شفيع من طبقته ، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدنى الجديد بالنص سالف الذكر ، وسنعرض لهذه المسألة فى موضعها .

هذا إلى أن تكييف التقنين المدنى الجديد الشفعة تكييفا قانونيا صحيحا ، وتصريحه فى المادة ٩٣٥ مدنى بأن « الشفعة رخصة » ، ساعد على ترجيح الرأى القائل بأن الشفعة لا تنتقل بالميراث ، إذ أن الرخص لا تورث على التفصيل الذى سبق أن بسطناه [١] . وفى عدم انتقال الشفعة بالميراث تضييق فى الأخذ بها ، ما دامت ورثة الشفيع لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة [٢] .

وبالرغم من هذا التضييق فى الأخذ بالشفعة ، فان التقنين المدنى الجديد لا يزال يعتبر الجوار فى حالات معينة سببا من أسباب الأخذ بها . وإذا كان من المستساغ أن يثبت للشريك فى الشيوع حق الأخذ بالشفعة تفاديا من دخول أجنبى بين الشركاء ، وكان من المستساغ أيضا أن يثبت لصاحب الرقبة

---

(١) أنظر آنفا ص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد التضييق فى المشروع من حق الأخذ بالشفعة : « على أن المشروع كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها ، إذ هى قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع فى الشفعة من ناحية الموضوع ، ومن ناحية الإجراءات . فأورد فى الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها ، إذ جعل قرابة الحواشى المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع . وأنقص المدة التى تسقط حق الأخذ بالشفعة إلى ثلاثة أشهر (أصبحت أربعة أشهر) من يوم تسجيل البيع . وعالج (المشروع) من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضييق فى الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفيع أن يودع الخزينة مبلغا يساوى الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . وقد عادت الشفعة فى المشروع إلى مكانها فى التقنين المدنى ، بعد أن انفصلت عنه منذ صدور القانون الحالى (السابق) الخاص بالشفعة فى سنتى ١٩٠٠ و ١٩٠١ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٤) .

أو لصاحب حق الانتفاع أو للمحكر أو للمستحكر أن يأخذ بالشفعة جمعا لما تفرق من شتات الملكية ، فليس من المستساغ بعد أن استدار الزمن أن يبقى للجار حق الأخذ بالشفعة . فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار فى المعاملات العقارية ، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها . والجوار قد أصبح فى الوقت الحاضر ليس بذى خطر كما كان فى الماضى ، فلم يعد يصلح مبررا للأخذ بالشفعة . بل إن الجوار ، حتى فى الماضى ، لم يكن سببا من أسباب الأخذ بالشفعة فى أكثر مذاهب الفقه الإسلامى. فاذا أضيف إلى ذلك أنه كثيرا ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية العقارية والتوسع فى تملك الأراضى والمبانى المجاورة على حساب صغار الملاك وذوى الحاجة منهم ، تبين أنه كان من الصواب الوقوف عند المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد الذى أقرته لجنة المراجعة ، وقد حذف فيه الجوار سببا للأخذ بالشفعة على النحو الذى ذكرناه فيما تقدم .

وبعد هذه النظرة التمهيدية فى الشفعة ، نتناول أحكامها فى مباحث ثلاثة : (١) شروط الأخذ بالشفعة . (٢) كيفية الأخذ بالشفعة . (٣) آثار الأخذ بالشفعة .

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

١٦٥ ــ خلاصة شروط الأخذ بالشفعة : تتلخص هذه الشروط فى أمرين : (١) بيع عقار . (٢) ووجود شفيع .

المطلب الأول

بيع عقار

١٦٦ ــ مسألتانه : نعرض هنا لمسألتين : (١) بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة . (٢) ومع ذلك هناك بيوع عقارية لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة .

§ ١ – بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة

١٦٧ – ما يشتمل عليه بيع العقار من مسائل : إذا بيع عقار ، انفتح باب الشفعة . والأصل جواز أن يؤخذ هذا العقار بالشفعة . إذا وجد شفيع وتوافرت سائر شروط الشفعة . والمفروض أن يكون هناك عقار ، وقد ورد عليه عقد البيع .

فالشفعة لا تكون إلا فى العقار . أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة . ثم إن الشفعة غير قابلة للتجزئة . فلا تجوز تجزئة العقار أو العقارات المبيعة عند الأخذ بالشفعة ، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة .

ثم يجب أن يرد على العقار عقد البيع . فهذا العقد هو التصرف الوحيد الذى يجوز فيه الأخذ بالشفعة . وأى عقد آخر ولو كان ناقلا للملكية لا تجوز فيه الشفعة . ولا يشترط فى البيع ، حتى يصح الأخذ بالشفعة ، أن يكون مسجلا . وقد تتوالى البيوع على العقار الواحد . فيثار التساؤل فى أيها يجوز الأخذ بالشفعة .

فهذه جملة من المسائل . نستعرضها متعاقبة على الترتيب الآتى : (١) لا شفعة فى المنقول . (٢) الشفعة غير قابلة للتجزئة . (٣) لا تجوز الشفعة إلا فى عقد البيع . (٤) جواز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل . (٥) الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع .

١٦٨ – لا شفعة فى المنقول : الشفعة لا تكون إلا فى العقار . ولا شفعة فى المنقول . وإنما يرد على المنقول حق الاسترداد ، لا حق الشفعة . وقد سبق أن بسطنا القول فى حق الاسترداد فى الجزء الثامن من الوسيط عند الكلام فى الملكية الشائعة ، وبينا أن حق الاسترداد يثبت فى المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة فى هذا المنقول لأجنبى بطريق الممارسة . ولحق الاسترداد قواعد ومواعيد وإجراءات تختلف عن قواعد الشفعة ومواعيدها وإجراءاتها . وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسى فى حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامى . على أن طبيعة حق الاسترداد هى نفس طبيعة حق الشفعة ، وليست الشفعة إلا حق استرداد يثبت فى العقار فى أحوال خاصة وبشروط

معينة أما شروط حق الاسترداد فهى تنحصر ، على ماسبق أن بينا[1] ، فى أن يصدر بيع من أحد الشركاء فى مجموع من المال أو فى منقول معين بالذات ، وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة . وأن يصدر البيع إلى أجنبى عن الشركاء ، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء (م ٨٣٣ مدنى) . ويجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، وإجراءات الاسترداد ليست من التعقيد بالقدر الذى عليه إجراءات الشفعة ، وهى إجراءات تتلاءم مع طبيعة المنقول .

وعلى ذلك لا ترد الشفعة فى بيع حصة شائعة فى السفينة ، لأن السفينة منقول ، والذى يرد هو حق الاسترداد[2] . كذلك لاترد الشفعة فى المنقول بحسب المآل ، كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع ، فلا يشفع فى هذا البناء أو الغراس شريك أو جار . أما بيع البناء على سبيل القرار ولكن استقلالا عن الأرض . كبيع المحتكر للبناء الذى أقامه على الأرض المحكرة أو بيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا يملك طابقه الأسفل . فهو بيع عقار لا بيع منقول. ومن ثم يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذ هذا البناء بالشفعة ، إذا توافرت فيه سائر الشروط[3] .

والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار أو استغلاله ، فاذا بيع مستقلا عن العقار الذى رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع بيع منقول . ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة . أما إذا بيع مع هذا العقار ، فانه يجوز أخذه بالشفعة تبعا للعقار . وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٥١٦ .

(٢) وعند مالك ، دون المذاهب الأخرى ، تجوز الشفعة فى السفينة لأنها أعدت كالعقار لتكون مسكنا .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢١٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٤٤١ – وعند الحنفية بيع البناء أو الشجر استقلالا عن الأرض هو بيع منقول ، أما إذا بيع مع الأرض فيجوز أخذه بالشفعة تبعا للأرض . وقد جاء فى المادة ٢٠٩ من مرشد الحيران فى هذا الصدد : « لاشفعة فى البناء والشجر المبيع قصداً بدون الأرض القائم عليها ، فاذا بيع البناء تبعا للأرض ثبتت فيه الشفعة » . أما المالكية فيعتبرون البناء عقاراً ، فتثبت فيه الشفعة حتى لو بيع استقلالا عن الأرض .

مواش وآلات ري ونحوها مما يعد عقارا بالتخصيص ، فان الشفعة تثبت في المزرعة وما تشتمل عليها من المواشي وآلات الري وغيرها من العقارات بالتخصيص . أما إذا فصلت المواشي أو آلات الري عن الأرض وبيعت مستقلة ، فان الشفعة لا تثبت إذ البيع يكون في هذه الحالة بيع منقول [1] .

١٦٩ – الشفعة غير قابلة للتجزئة : معنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة . في صفقة واحدة ، بعض المبيع دون بعض ، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك . وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٩٣٥ مدني ينص على هذا الحكم صراحة ، إذ كان هذا النص يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة . وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . واجتازت هذه الفقرة المراحل التشريعية حتى وصلت إلى لجنة مجلس الشيوخ . بعد أن عدلت في لجنة المراجعة بما يجعل الشفعة لا تنتقل بالميراث على ما مر بيانه [2] . ودار نقاش في لجنة مجلس الشيوخ حول توريث حق الشفعة وتجزئته ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة كلها من المشروع « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » [3] . والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة ، وهذا هو الحكم أيضا في الفقه الإسلامي [4] .

وتأصيل المسألة أنه إذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٣٧٠ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ – شفيق شحاتة فقرة ٢٥٩ د – إسماعيل غانم ص ٨٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٠ ص ٤٦٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٢ – حسن كيرة ص ١٢ .

(٢) أنظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٦ .

(٤) وقد نصت المادة ١١٣٥ مدني عراقي على أن « الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه . لكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع ، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي » . ونصت المادة ٢٤٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « حق الشفعة لا يتجزأ . فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله . فاذا تعدد الشفعاء المتساوون في الفئة ، وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة ، وجب على الباقين طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها . أما إذا تعدد المشترون فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط » .

فى بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه : ولا يكون هذا تجزئة للشفعة (١) . فاذا باع المالك عقاراً واحداً لمشترين متعددين فى صفقات متعددة ، بأن اشترى كل من المشترين جزءاً مفرزاً من العقار بثمن مسمى ، ولو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات ، وكان للعقار جار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، كان لهذا الجار أن يأخذ بالشفعة فى جميع الصفقات فيستولى على كل العقار ، وكان له أيضاً أن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض إذ هو لم يفرق الصفقات فقد كانت مفرقة من الأصل(٢) . وكذلك إذا باع المالك عقارات متعددة ولو لمشتر

(١) استئناف مصر ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ – الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٤٤ .

(٢) فاذا طلب الشفيع جزءاً مفرزاً من هذه الأجزاء ، وجب أن تتوافر فى هذا الجزء شروط الأخذ بالشفعة ، بأن يكون مثلا ملاصقا للأرض المشفوع بها من حدين وتكون قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة هذا الجزء . ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يشفع فى أى جزء مفرز آخر من العقار إذا كان متصلا بالجزء المفرز الذى شفع فيه أولا ، حتى لولم تتوافر شروط الشفعة فى هذا الجزء الآخر بأن يكون مثلا غير ملاصق للأرض المشفوع بها إلا من حد واحد أو غير ملاصق لها أصلا . ولكن لا يستطيع أن يشفع فى جزء مفرز لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ، إذا كان هذا الجزء غير متصل بجزء تتوافر فيه هذه الشروط ويكون الشفيع قد أخذه بالشفعة . وقد قضى فى هذا المعنى بأنه إذا كان سبب الأخذ بالشفعة الجوار من جهتين ، وجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى الحصص التى يطلب أخذها بالشفعة فى مجموعها . فلا يصح له مثلا أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التى لا يكون له بها اتصال أو التى لا يكون له بها اتصال إلا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصص المتصلة بها والمجاورة لملكه من الجهتين . ولكن يكفى أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولوكان بعض هذه الحصص غير متوافر فيه فى ذاته شرط الجوار لملك الشفيع من الجهتين . وذلك لأن إباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أوبعض حصص منه تدل على أن المعتبر فى نظر القانون هو كلية العقار أوكلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه ، بحيث أن هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلا واحداً متى تحقق الجوار من جهتين فى بعضه سرى ذلك إلى باقيه . والقول بخلاف ذلك يؤدى إلى نتيجة غير مقبولة ، وهى أنه فى مثل هذه الحالة يكون للشفيع أن يأخذ العقار بتمامه ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص إلا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين . وقد لاحظ المقنن فى ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفيع من جميع من ينتقل إليهم بالبيع بحصص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه إبعاد الضرر عنه . وقد يكون ذلك متحققا فى عدد من جيرانه الجديدين ، فان اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون بعض فانه يبقى جاراً ملاصقا أيضا لهذا البعض الباقى فلا يدفع عن نفسه أذى جواره . لذلك جعل له القانون الحق فى أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوافراً فى بعضها ويكون باقيها متصلا بها (طنطا الكلية ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٢ ص ٥١) .

واحد ، فى صفقات متفرقة ، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، إذا توافرت شروطها ، فى بعض الصفقات دون بعض . وليس فى هذا تجزئة للشفعة ، فان الصفقات كانت من الأصل متفرقة[١] .

أما إذا كانت الصفقة واحدة ، فانه لا يجوز للشفيع أن يفرقها بأن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقة دون أن يأخذ الصفقة كاملة ، إذ أن ذلك يكون تجزئة للشفعة[٢] . ويمكن تصور وحدة الصفقة فى فرضين : إذا باع المالك عقارا واحدا لمشترين متعددين على الشيوع وهذا هو فرض تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع [٣] ، وإذا باع المالك عقارات متعددة لمشتر واحد فى صفقة واحدة وهذا هو فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشترى [٤] .

أ — فى فرض تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع ، إذا باع المالك عقارا واحدا لمشترين متعددين على الشيوع ، لم تجز الشفعة إلا فى العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة ، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من المشترين قد اشترى

---

(١) وقد يكون العقار مقسوما بين الشريكين ، فيستقل كل منهما بنصيبه مفرزاً ويبيع الإثنان نصيبيهما المفرزين فى عقد واحد ، فلا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا النصيب المجاور ، وليس له أن يأخذ النصيبين معاً بحجة عدم التجزئة . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأنه إذا باع الشريكان عقاراً وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فعقد البيع يعتبر مشتملا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق فى الأخذ بالشفعة إلا فى الجزء المجاور له ، ولا يحق له أن يأخذ جميع العقار بحجة عدم التجزئة ، لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشترى وليس لمصلحة الشفيع (استئناف مصر ٤ يونيه سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وإذا كان العقار المشفوع فيه أرضا زراعية أقيم فيها بناء ، فليس للشفيع أن يقتصر فى طلب الشفعة على الأرض دون البناء بدعوى أنه غير محتاج له ، كما أنه يتعين على الشفيع أن يشفع فى الأرض بما تشتمل عليه من ملحقات إذا دخلت هذه الملحقات فى عقد البيع (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩١ — ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤) .

(٣) أما إذا باع المالك عقاره لمشتر واحد ، فبديهى أن الشفيع لا يستطيع أن يجزئ الصفقة فيأخذ بعض العقار دون أن يأخذ الباقى .

(٤) وهناك فرض ثالث هو أن يتعدد الشفعاء ، فيتعين على كل منهم أن يطلب الشفعة فى كل المبيع حتى لا تتفرق الصفقة . وسنعرض لهذا الفرض عند الكلام فى تعدد الشفعاء وتزاحمهم ، إذ هناك هو المكان الأنسب لبحثه .

جزءا مفرزا من العقار فى صفقة مستقلة ولو فى عقد واحد مع سائر المشترين ، فقد قدمنا أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون بعض . وقد كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق تنص صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . أما إذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » . فالمناط فى وحدة الصفقة وتعددها يكون إذن ببيع العقار لمشترين متعددين على الشيوع فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها[1] ، أو ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشترين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة ويجوز الأخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض . وإذا كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق لم تنقل إلى نصوص التقنين المدنى الجديد ، فانه يصح مع ذلك الأخذ بحكمها ، إذ هو حكم لا ينحرف عن المبادئ العامة ، فضلا عن أنه كان مطبقا منذ زمن طويل فاستقر فى عرف التعامل[2] . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقا لهذا الحكم ، بأن المادة ١١ من قانون الشفعة القديم تقضى بأنه إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . وهذا يفيد بداهة أن الشفيع إذا رغب فى استعمال حقه فى أخذ كل العقار المبيع بالشفعة ، وجب عليه أن يوجه الدعوى بها إلى

(١) ويشترط فى ذلك بيع العقار بأكله لمشترين متعددين على الشيوع ، فإذا بيعت حصة شائعة من العقار لمشترين متعددين على الشيوع ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الشفعة ، وجاز للشفيع الأخذ بالشفعة فى نصيب أحد هؤلاء المشترين دون أنصبة الباقين ، ولا يكون فى هذا تفريق للصفقة لأنها مفرقة من الأصل . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن مناط تطبيق المادة ١١ من قانون الشفعة أن يكون المبيع عقاراً بتمامه لعدة مشترين ، فإذا كان المبيع جزءاً شائعاً فى عقار لعدة مشترين ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ووجب الرجوع إلى القواعد العامة . وهى تجيز الشفعة فى بيع كل حصة شائعة ، متى توافرت أسباب الشفعة فيها . فإذا كان الحكم قد أسقط حق الشفيع قبل أحد المشترين استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة ١١ سالفة الذكر مع أن المبيع كان جزءاً شائعاً فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤) .

(٢) أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٨٩ .

جميع المشترين حتى تتم عملية التحويل فى مواجهة جميع أطرافها . ولا يغنيه من ذلك طعنه بصورية عقد أحد هؤلاء المشترين . بحجة أن إدخاله فى عقد الشراء كان إجراءا صوريا قصد به إسقاط حقه فى الشفعة[١] .

وإذا بيع عقار واحد لمشترين متعددين على الشيوع . وكان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة كما سيجىء . فان الشفعة تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين . ذلك بأن الشفيع يتحتم عليه فى هذه الحالة أن يشفع فى العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة كما قدمنا . وهو لا يستطيع أن يشفع فى حصة المشترى الذى لا يجوز الأخذ منه بالشفعة . وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع فى العقار بتمامه ، فتسقط شفعته بالنسبة إلى جميع المشترين[٢]. وذلك ما لم يطعن بالصورية فى عقد المشترى الذى لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد أقحم بين المشترين بعقد صورى تحايلا لمنع الأخذ بالشفعة ؛ فيجوز عندئذ إذا أثبت الشفيع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة فى كل العقار . ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشترى الصورى . وأن يدخله خصما فى دعوى الشفعة حتى يثبت فى مواجهته صورية عقده ، وبهذا قضت محكمة النقض فى الحكم الذى سبق ذكره[٣] . وقد يتحايل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر ، فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتر واحد أو لمشترين متعددين على الشيوع ، ولكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذى يلاصق العقار المشفوع به . فيبيعه مفرزا بيعا صوريا لشخص آخر ، حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به فيمتنع الأخذ بالشفعة . فاذا أثبت الشفيع ذلك ، كان له أن يأخذ كل العقار بالشفعة ، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع[٤].

---

(١) نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ .

(٢) سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ — إسنا ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .

(٣) نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ . وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٤ — محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٩٠ — وسنعود إلى هذه المسألة (أنظر ما يلى فقرة ١٨٥) .

ب – (في فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشترى ، إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتر واحد في صفقة واحدة وبثمن واحد ، وجب التمييز بين حالتين : (١) أن تتوافر في هذه العقارات جميعا شروط الأخذ بالشفعة ؛ وفي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يطلب أخذ العقارات جميعا بالشفعة لتوافر شروطها في كل العقارات ، ولأن الصفقة واحدة فلا يجوز تفريقها على المشترى. ومما يؤكد وحدة الصفقة أن تكون العقارات المتعددة متصلة بعضها ببعض [1]، أو إذا كانت منفصلة أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع [2] . وإذا أراد الشفيع أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على بعض

= وكما يتعدد المشترون على الشيوع ، قد يتعدد البائعون على الشيوع فيبيعون عقاراً شائعا بينهم لمشتر واحد ، فتعتبر الصفقة في هذه الحالة صفقة واحدة ولا يجوز تفريقها . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة أحد البائعين الشائعة وحدها ، بل يجب أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا شمل البيع عقارات متعددة في ذات العقد ، وكانت منفصلة بعضها عن بعض جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيها أسبابها دون العقارات الأخرى التي لا يستطيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة . أما إذا كانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذها بتمامها (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الأخذ بقاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة محله أن يكون المبيع عقاراً واحداً أو عقارات متعددة متصلة أي متلاصقة ، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ – ١٤ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩ ص ٥٢ – الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ – استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦) .

ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لعمل واحد مبنى خصص ليكون مدرسة . وعلى بعد منه قطعة أرض فضاء منفصلة عنه خصصت لتكون ساحة للألعاب الرياضية لتلاميذ هذه المدرسة .
ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لطريقة استغلال واحدة أراض زراعية منفصلة بعضها عن بعض ، ولكن خصصت كلها لزراعة القصب لتوريده إلى مصنع للسكر (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦) . وعلى كل حال يجب ترك البت في أن الصفقة واحدة أو متعددة لتقدير قاضي الموضوع ، فيقضي في ذلك بناء على أسباب سائغة ، مستهديا بالظروف الخاصة بكل صفقة وبما يحيطها من ملابسات .

العقارات دون بعض ، فلا بد أن يكون ذلك بموافقة المشترى ، فهو وحده الحكم فيما إذا كان تفريق الصفقة يضر به أو أنه برضاه ليتمكن بذلك من أن يستبقى بعض العقارات لقيام مصلحة له فى ذلك . (٢) أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة فى بعض العقارات دون بعض آخر ، وفى هذه الحالة يبدأ الشفيع بأن يطلب الأخذ بالشفعة فى العقار أو العقارات التى تتوافر فيها الشروط[١] . ولما كان قد حدد فى الغالب ثمن واحد لجميع العقارات ، فان قيمة العقارات التى يطلب الشفيع أخذها بالشفعة تقدر بواسطة خبير بنسبة من هذا الثمن الواحد تتفق مع مساحة هذه العقارات وصقعها بالنسبة إلى باقى العقارات[٢] . ولكن يجوز للمشترى ، إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضر به ، أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع بالشفعة كل العقارات : ما توافرت فيه شروط الشفعة وما لم تتوافر ، وذلك حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى ما لم تتوافر فيه الشروط ، أو أن يتركها جميعا حتى ما توافرت فيه الشروط . وقد جرى القضاء على هذا المبدأ فى أحكام متعددة[٣]

---

(١) نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ – ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ .

(٢) استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٥٠ ص ٢٦ (إذا كانت الأرض المشفوع فيها قد بيعت صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان ، وعرض الشفيع نسبة من الثمن الإجمالى الوارد فى عقد البيع ، وجب على المحكمة أن تعين خبيراً لتقدير قيمة القطعة المشفوع فيها ، وإذا رأت المحكمة لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحته) – استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٢ – ٢١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٩ (إذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة وأنقص ثمن القطعة الأخرى غير الخاضعة لحق الشفعة من غير أن يزاد ثمن البيع الإجمالى ، وذلك بقصد منع استعمال حق الشفعة ، فإن للقاضى أن يعين الثمن الحقيقى للقطعة الخاضعة لحق الشفعة) – ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٣ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٤ .

(٣) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ – استئناف مصر ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ (عدم جواز تجزئة الصفقة ليس معناه أن يكون للشفيع حق الشفعة فى جميع الصفقة بما فيها العقار الذى لا شفعة له فيه أصلا ، وإنما معنى ذلك أن للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك إذا شاء ، وإلا كان حق الشفيع مقصوراً على العقار الذى له حق الشفعة فيه وحده) – استئناف مصر ٤ يونيه سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ – طنطا الكلية ١٦ نوفبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ – الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٤٤ – استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦ .

–

على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم ، فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه : « ١ – لا شفعة إن شمل البيع فى نفس الوقت وبثمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لا شفعة فيها . ٢ – إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذا النص حل محل المادة ١١ من قانون الشفعة الحالى (السابق) . وهو يفرض أن المشترى قد اشترى صفقة واحدة وبثمن واحد ، العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . فى هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا العقارات جميعا لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستدرك النص فى حالتين : (١) إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها ، فان أحدا من المنتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها . ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع

= وإذا عرض المشترى أن يأخذ الشفيع بقية العقارات التى لم تتوافر فيها شروط الشفعة فأجابه الشفيع إلى ذلك ، كان أخذ الشفيع لهذه البقية صفقة مستقلة تقوم على التراضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى للشفيع بأحقيته فى أخذ جزء من الأطيان المبيعة بالشفعة ، كما قضى بأحقيته أيضا فى أخذ باقى الشفعة وذلك قبولا لما ردده المشترى فى دفاعه أمام محكمة الموضوع من تضرر لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة استغلالها ، واستجابة لما أظهره الشفيع من استعداد لأخذ هذا الباقى رفعا للضرر عن المشترى ، فإن التكييف الصحيح لذلك هو أن الطرفين قد تراضيا على أخذ الشفيع لباقى الصفقة ، إذ ثبت من جهة حقه فى أخذ الجزء المشفوع فيه بالشفعة وثبت من جهة أخرى إصابة المشترى بأضرار من تخلف الجزء الباقى فى يده . فمتى كان الحكم قد أثبت قيام الأسس التى بنى عليها هذا التراضى ، فإنه لا يكون قد أخطأ إذا أعمل أثره وقضى للشفيع بأخذ باقى الصفقة رفعا للضرر الذى شكا منه المشترى . ولا يغير من ذلك أن يكون المشترى قد اعترض أمام محكمة الموضوع على ما أبداه الشفيع من أخذ باقى الأطيان بأنه طلب جديد للشفعة لم تتوافر شروطه ومواعيده (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤) .

فيه . (ب) إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فان أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من حق المنفعة الذى يقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى حق المنفعة كله ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه » . وقد اجتاز هذا النص مراحله التشريعية ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفى هذه اللجنة لوحظ أن الحكم الوارد فى الفقرة الأولى يخالف ما جرى عليه العمل ، وبعد مناقشة انقسمت اللجنة إلى رأيين ، الأول يذهب إلى جواز تجزئة الصفقة والأخذ بالشفعة فى العقار الذى توافرت فيه شروطها ، والثانى يذهب إلى عدم جواز الشفعة إلا فى الصفقة كلها . وانتهت اللجنة إلى حذف المادة ، وترك حكمها لاجتهاد القضاء[١] . ويتبين مما قدمناه أن النص الذى كان واردا فى المشروع التمهيدى ، والذى كان يقضى بعدم جواز الشفعة أصلا ، سواء فى العقارات التى لا تتوافر فيها شروط الشفعة أو العقارات التى تتوافر فيها هذه الشروط ، يخالف ماجرى به العمل ، ولم يقدر له أن يكون تشريعا ، بل ترك الأمر لاجتهاد القضاء . لذلك لا يجوز الأخذ بحكم هذا النص[٢] ، لا سيما بعد أن بدأ أن الميل متجه إلى العمل بما سار عليه القضاء . وقد قدمنا أن الرأى الذى نقول به — وهو جواز الأخذ بالشفعة فى العقارات التى توافرت فيها شروطها وذلك ما لم يتمسك المشترى بعدم تفريق الصفقة عليه فيتحتم عندئذ أن يأخذ الشفيع جميع العقارات — هو الرأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء فى هذه المسألة . ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بما قيل من أن الشركات العقارية تتضرر منه إذا اشترت شركة منها جملة

---

(١) أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ — ص ٣٩٢ فى الهامش .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٣٨١ — شفيق شحاتة فقرة ٢٦٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٦ — وانظر عكس ذلك والأخذ بحكم هذا النص محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣ — ص ٣٩٤ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٩ — إسماعيل غانم ص ٨٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٣ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١ .

عقارات بقصد تقسيمها ، وتصادف أن كان منها عقار يجوز فيه الأخذ بالشفعة فيحبط الشفيع مشروع الشركة[1] ، ذلك بأن الشفيع فى هذه الحالة لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا العقار الذى توافرت فيه شروطها دون غيره من العقارات ، ويسلم للشركة بعد ذلك ما بقى من العقارات فتتمكن من القيام بمشروعها [2] .

وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتر واحد ، ولكن فى صفقات متعددة ، كأن كانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، فلا مجال فى هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة ، لأن الصفقات متعددة ومبدأ عدم التجزئة لا يسرى إلا فى حالة وحدة الصفقة . وعلى ذلك يجوز للشفيع فى هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التى توافرت فيها شروطها ، ولا يعترض عليه فى ذلك أنه يجزئ الصفقة لأن الصفقات كانت متعددة من مبدأ الأمر ، وهو لا يأخذ بالشفعة إلا فى صفقة واحدة لم يجزئها . ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التى لم تتوافر فيها الشروط إذ أن الحق فى الأخذ بالشفعة فى هذه العقارات منعدم ، كما لا يجوز للمشترى أن يجبر الشفيع على الأخذ بالشفعة فى هذه العقارات لأنه لا يستطيع أن يستند فى ذلك إلى مبدأ عدم التجزئة فهو غير منطبق لتعدد الصفقات[3] .

ويقرب ما قررناه ، فيما تقدم ، من أحكام الفقه الإسلامى . فعند أبى حنيفة ومالك والشافعى أنه إذا تعدد المبيع : بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد ، وتوافر فى كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة ، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعا بالشفعة ، وليس له أخذ أحدهما وترك الأخرى لما فى ذلك من تفريق الصفقة على المشترى . أما إذا تعدد العقد ، أو كانت

---

(١) أنظر فى هذا الاعتراض محمد على عرفة ٢ فقره ٢١٨ ص ٢٩٣ – وانظر أيضا فى هذا الاعتراض مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى محضر جلسة ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣٧ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٨ فى الهامش .

(٢) ويحسن فى هذا الفرض ترك الأمر لتقدير القاضى ، فإذا رأى أن الأخذ بالشفعة للعقار الذى توافرت فيه الشروط من شأنه أن يعطل مشروعا اقتصاديا كبير النفع ، فله أن يرفض طلب الشفيع .

(٣) أنظر فى هذا المعنى نقض مدنى ١٨ نوفبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ – استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ .

شروط الشفعة لا تتوافر إلا فى إحدى الدارين ، كان للشفيع فى الحالة الأولى أخذ أحد الدارين دون الأخرى بالشفعة لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد : وكان له فى الحالة الثانية أخذ الدار التى توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى لأنه لا يشفع إلا فيها .

هذا ونحن فيما قدمناه إنما نقف عند المسائل الرئيسية لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة : دون الخوض فى التفصيلات التى تباينت فيها الآراء واحتدمت فى شأنها المناقشات[1] ، وهى تفصيلات يحسن تركها لاجتهاد القضاء كما قررت لجنة مجلس الشيوخ ، فيستهدى القضاء فى كل حالة بالظروف الخاصة بها وبما يحيطها من ملابسات .

١٧٠ – لا تجوز الشفعة إلا فى عقد البيع : كان التقنين المدنى السابق يجيز الشفعة فى البيع وفى المقايضة ، فكانت المادة ٧٠ / ٩٦ منه تنص على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة » . ولما كان الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه والثمن لا يوجد إلا فى البيع ؛ ولو أخذ فى المقايضة لتعين أن يأخذ العقار بقيمته إذ لا ثمن فى المقايضة ؛ ولتعين إجبار المالك على تقاضى قيمة العقار الذى قايض به بدلا من العين التى قايض عليها ، وهو إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات ، لذلك كان من المناسب ألا تجوز الشفعة فى المقايضة ، وألا تجوز إلا فى البيع . وهذا ما حققه قانون الشفعة السابق ، إذ نص فى المادة ٥ منه على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » . وقد سار التقنين المدنى الجديد على هذا النهج ، إذ تعرف المادة ٩٣٥ مدنى ، كما رأينا ، الشفعة بأنها « رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى . . . » ، ثم إن جميع نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشترى على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع .

فلا بد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشترى المشفوع منه ، حتى يجوز الأخذ بالشفعة . وعقد البيع تصرف قانونى صادر

---

(١) أنظر ما دار من مناقشات طويلة فى هذا الشأن فى لجنة الأستاذ كامل صدقى فى محضر جلستى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٦ – ص ٣٥٠ فى الهامش .

من الجانبين وناقل للملكية بعوض . فاذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانونى ، كالميراث والالتصاق والتقادم ، فلا شفعة . ولا شفعة أيضا إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانونى صادر من جانب واحد كالوصية . وحتى لو كان التصرف القانونى صادرا من الجانبين ؛ أى كان عقدا ؛ فلا بد أن يكون عقد معاوضة ، فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة[١] ، حتى لو كانت بعوض ما دامت هبة حقيقية[٢] . فاذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت

---

(١) استئناف مختلط ٠٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ .

(٢) وذلك لأن الواهب بما وهب ، ورضى بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية فى الموهوب له لا تتوافر فى الشفيع ، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى الهبة ، ولو بقيمة العقار الموهوب .

كذلك لا يؤخذ بالشفعة فى عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع ، كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع فى المشترى (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ – ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨) . ولاشفعة فى بيع صدر من الحكومة عن أرض أصلحها المشترى ، فتساهلت الحكومة فى الثمن تساهلا كبيراً (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٣٢ ص ٥١٩ – وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩) . وقد قضى فى هذا المعنى بأن البيع الصادر من مصلحة الأملاك لصغار المزارعين ، إذا توافرت فى طالب الشراء شروط معينة منها قيامه بإصلاح الأرض المتصرف له فيها أو استئجاره لها مدة طويلة ، وبقصد توفير أسباب العيش لصغار المزارعين ، هو عقد تختلط فيه الهبة بالبيع . وقد روعى فى تقدير الثمن فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشترى ، وقصد به تحقيق مصالح عليا اجتماعية وسياسية ، ومن ثم يتنافى القضاء بالشفعة فى مثل هذا البيع مع طبيعة العقد ، ويكون فيه تفويت للأغراض المقصودة من البيع (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٥ ص ٥٦١ – ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ – إسماعيل غانم ص ٨٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣١ – ص ٣٣٢ – حسن كيرة ص ١٥ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦١ ص ٤٤٩) . وقضى أيضا فى هذا المعنى بالا شفعة فيما تنزل عنه الحكومة من أملاكها الخاصة لموظفيها السابقين ، بدلا عما يستحقونه من المعاش (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ – أنظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٦) .

وقريب من هذا ما تعهدت به الحكومة ، نتيجة لتدخلها طبقا للمرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ لصيانة الثروة الزراعية ، من رد الأراضى التى رسا مزادها عليها لأصحابها . فقد أوجبت الحكومة على نفسها ، طبقا لقرار مجلس الوزراء الصادر فى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٣٥ ، أن ترد لكل مالك ملكه بمجرد طلبه ذلك فى مدى خمس سنوات ، فى مقابل رد الثمن الذى رسا به مزاد الأرض . وقد قضت محكمة النقض بأن رد الأرض إلى صاحبها بموجب القرار =

ستار الهبة ، وسمى الثمن عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع ، فتجوز فيه الشفعة[١] . ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور فى العقد ، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقى المتفق عليه ، وأنه إنما ذكر فى العقد ناقصا عن الثمن الحقيقى لإحكام ستر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعوض ، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقى لا بالعوض المذكور فى العقد[٢] . وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذى يستر الهبة ، كما هو الغالب ، لم يجز الأخذ فيه بالشفعة ، ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقى دون العقد الظاهر لأنه ليس من الغير فى الصورية كما سيجىء ، وعلى ذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة فى الهبة المستترة فى صورة بيع[٣] . وقد يتحايل البائع والمشترى لمنع الأخذ بالشفعة ، فيهب

= سالف الذكر لا يعتبر بيعا تجوز فيه الشفعة ، ويمكن اعتبار صاحب الأرض مالكا لم يتجرد عن ملكيته منذ نزعت منه إلى يوم أن استردها من الحكومة إذ هو فى حكم البائع للقدر الذى رسا مزاده على الحكومة ، واسترداده للأرض يكون بمثابة تقايل من هذا البيع وفسخ له . ولا يعتبر بيعا جديداً تجوز فيه الشفعة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص١٧٦). أما إذا تنازل صاحب الأرض عن حقه فى استرداده لأرضه إلى شخص آخر ، وقبلت الحكومة هذا التنازل وتصرفت بمقتضاه فى الأرض للمتنازل إليه ، فإن هذا التصرف الذى من شأنه أن يحدث للمتنازل إليه ملكية لم تكن له من قبل يكون بيعا ، وتجوز فيه الشفعة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١) – أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٥ .

(١) وللشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ، وتدخل فى ذلك القرائن ، أن حقيقة الهبة أنها بيع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ – ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ – على زكى العرابى ص ١٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٥ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لاتصح الشفعة فى العين الموهوبة ، ولو وصفت فى العقد بالبيع (استئناف وطنى أول ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بثمن زهيد ، وحينئذ لايصح استعمال حق الشفعة لأنه لا يترتب على الهبة (مصر استئنافى ٢٦ نوفبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) – وانظر استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣م ٦ ص ٧٣ – ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ . وليس ضروريا ، فى الأخذ بالقرائن دليلا على أن حقيقة البيع هبة مستترة فلا تجوز فيها الشفعة ، أن يؤخذ فى ذلك بالقرابة أو المصاهرة بين البائع والمشترى فإن هذه العلاقة لا يتحتم معها أن يكون البيع هبة مستترة ، ولا بقلة الثمن المذكور فى =

البائع للمشترى جزءا صغيرا مقتطعا من الأرض المبيعة يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفيع ، فيحول هذا الشريط من الأرض دون تحقق الجوار بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وذلك حتى يمكن الاحتجاج على الشفيع بأنه لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة لعدم تحقق الجوار ، بل ولا أخذ هذا الشريط من الأرض بالشفعة لأنه محل لعقد هبة لا لعقد بيع . وفى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت ، بجميع طرق الإثبات ، أن الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة . فيأخذ بالشفعة كل العقار ، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة ، بالثمن المسمى فى عقد البيع الواقع على بقية العقار ، على اعتبار أن حقيقة التعامل هو بيع واقع على كل العقار بالثمن المسمى فى عقد البيع[1] .

فاذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية[2] ، فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا

=العقد فقد يكون القصد من ذلك التخفف من مصروفات التسجيل (استئناف وطنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ – مصر استئنافى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٤) .

وقد نصت المادة ٢٤٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «لا يستعمل حق الشفعة إلا بوجه المشترى أو بوجه الموهوب له بعوض . وفى الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضا لأسباب البطلان والإبطال والإلغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها – لا تسمع دعوى الشفعة فى المقايضة العقارية ، وفى البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الإخوة والأخوات » .

(١) على زكى العرابى فقرة ١٤ ص ١٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣٠ – هذا وإذا كان لا يجوز فى الهبة الأخذ بالشفعة ، فإنه يجوز لمن تملك العقار المشفوع به بمقتضى هبة من المالك الذى باع بعد ذلك عقاراً آخر أن يأخذ هذا العقار الآخر بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن العقار المشفوع به موهوب له من نفس المالك البائع ، وذلك مالم يشترط هذا الأخير على الموهوب له التنزول عن حقه فى الأخذ بالشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٧) .

(٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة فى عقد القسمة ، لأن القسمة كاشفة عن الملكية لا ناقلة لها (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧–٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩) . وهذا هو أيضا الحكم فى الفقة الإسلامى ، فقد جاء فى المادة ١١٤ من مرشد الحيران : « لا تجرى الشفعة فى القسمة ، فإذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفيعا فيها » . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ١٦٤) : « إذا اقتسم الشركاء العقار ، فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، سواء كانت القسمة بقضاء القاضى أو بغير قضائه » .

=

كان عقد بيع[١] . فالمقايضة ، ولو كانت بمعدل ، لا يؤخذ فيها بالشفعة[٢] ، إلا إذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البدل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استتر في صورة مقايضة . فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة[٣] . ولا يجوز الأخذ بالشفعة في الشركة ، إذا كانت حصة الشريك في الشركة عقارا ، فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاها الشفيع قيمته ، لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار[٤] . ولا تجوز الشفعة

= كذلك لا شفعة في الصلح ، لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له ، ولأن الصلح يتنافى مع الشفعة فهو يستلزم من المتصالحين واجبات شخصية لا يمكن لشفيع القيام بها فيتعذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات (استئناف وطني ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ - بني سويف الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ - استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٣) - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءاً من حقوقه على وجه التقابل حسما للنزاع الحاصل بينهما ، فهذا العقد صلح طبقا لنص القانون . ولا يصح اعتباره بيعا لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بثمن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن مستقرة لمالكها بل كانت محل نزاع . والمبلغ المسمى في العقد لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها ، بل كانت مقابلا لحسم النزاع ، مما تنعدم معه مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح الذي لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد (نقض مدني ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) .

(١) ولا يجوز الأخذ بالشفعة في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لأن نزع الملكية للمنفعة العامة ليس ببيع ، ولأن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٠ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٣٠ ص ٤٥٩ - إسماعيل غانم ص ٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٣ ص ٤٤٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ - ويجوز للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع ، لأنه ليس طرفا في عقد المقايضة حتى يمنع من إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة (استئناف مصر ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٣٨٧ ص ٩٥٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٧ ص ٤٤٤) .

(٤) أنظر في أسباب أخرى لعدم جواز الشفعة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٤ - وإذا اندمجت شركة في أخرى ، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات ، جاز أخذها بالشفعة (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٥) وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى ، كان البيع واقعا على أسهم ، وهي منقولة فلا شفعة .

فى الوفاء بمقابل ، إذا أعطى المدين للدائن عقاراً فى مقابل الدين ، لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين . وقد لا يرضى الدائن إلا بالعقار ذاته فى مقابل الوفاء بهذا الدين ، وهذا هو أيضا الحكم فى الفقه الإسلامى[١] .

فاذا كان عقد المعاوضة الناقل للملكية هو عقد بيع ، جاز الأخذ فيه بالشفعة . ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة فى عقد البيع الباطل ، لأن هذا العقد لا وجود له حتى يصح الأخذ فيه بالشفعة . كذلك لا يؤخذ بالشفعة فى عقد البيع الصورى لأنه عقد لا وجود له كالعقد الباطل ، وقد قدمنا أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى الهبة المستترة فى صورة بيع لأن البيع الذى يستر الهبة إنما هو عقد بيع صورى . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن الشفيع يعتبر من الغير فى الصورية فله أن يأخذ بالعقد الظاهر دون العقد المستتر إذا كان حسن النية ، أى يأخذ بعقد البيع الصورى وهو العقد الظاهر فيجوز له على هذا الأساس أن يأخذ بالشفعة . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن الشفيع ، فى رأينا ، لا يعتبر من الغير فى الصورية[٢] . وعلى ذلك إذا باع المالك عقاره بيعا صوريا

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٦٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٤ .

(٢) وقد سبق أن كتبنا فى الجزء الثانى من الوسيط ، فى صدد تحديد الغير فى الصورية بأنه هو الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفى الصورية والخلف الخاص لأى من هذين المتعاقدين ، ما يأتى : «ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشترى بسبب يغاير التصرف الصورى الصادر من البائع إلى المشترى . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصورى ، والمشترى بعقد جدى من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدى وهو غير البيع الصورى ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشترى بعقد جدى من المشترى والدائن الذى ارتهن من المشترى الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف بموجب هذا التصرف الصورى نفسه . فلو باع شخص داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى للتخفف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع فى هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور فى العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقى إذا أثبته أى من البائع أوالمشترى . ذلك أن الشفيع كسب حقه بالشفعة والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذى ذكر فيه الثمن الصورى ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصورى ، فلا يعتبر غيرا فى هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشترى فى البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشترى إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو فى الوقت ذاته بعد أن حل محل المشترى قد أصبح طرفا مع البائع فى نفس العقد الصورى فلا يصح أن يكون خلفا خاصا للبائع (تاليا للعقد الصورى) » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ – ص ١٠٩١) . والسبب فى أن الشفيع كسب حقه بسبب يدخل فيه العقد الصورى –

لمشتر حرر معه ورقة ضد (contre-lettre) ، وأراد الشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة ، جاز الاحتجاج عليه بورقة الضد هذه وإن كان حسن النية ، وبأن البيع صورى لا وجود له فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة (١) . وعلى ذلك أيضا إذا ذكر فى عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقى تخفيفا من رسوم التسجيل ، فالذى يسرى على الشفيع هنا هو الثمن الحقيقى . ولا يجوز له التمسك بالثمن الصورى المخفض لأنه ليس من الغير (٢) .

= هو ، كما سبق أن بينا ، « أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، باعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانونى . فيدخل إذن فى تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذى يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩١ هامش ١) .

(١) مصر الكلية أول فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ — محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣١ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، على خلاف ما قدمناه ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعقد إلا كتأمين لضمان دين المشترى على البائع ، حتى إذا دفع الدين فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض ، على خلاف ما قدمناه أيضا ، بأن الشفيع يعتبر من طبقة الغير ، فمتى كان عقد البيع قد شهر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ص ١٣٨٤ — ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠) .

(٢) ومع ذلك فقد جرى القضاء فى مصر على عكس الرأى الذى نقول به . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد فى العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقى ، إذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من مقدار الرسوم التى يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق فى الثمن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقضت محكمة النقض بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من الغير بالنسبة إلى طرفى عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى لمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين ، قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشفعة جائزة فى الهبة المستترة فى صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين =

فاذا كان عقد البيع غير باطل ولا صورى ، فهو بيع موجود ، ويجوز كما قدمنا الأخذ فيه بالشفعة . ويعتبر بيعا موجودا ، ويجوز الأخذ فيه بالشفعة ، البيع الابتدائى . ذلك أن البيع الذى يسمى عادة بالبيع الابتدائى هو بيع تام بات ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم فيه المشترى بدفع الثمن وملحقاته . وإنما سمى بالبيع الابتدائى

= المتعاقدين ، البائع والمشترى ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة الضد (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) . وانظر أيضا فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢ – ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤ .

وبالرغم من استقرار القضاء كما نرى على أن الشفيع يعتبر من الغير ، لا يسعنا هنا إلا أن نلاحظ مرة أخرى أن الغير فى الصورية إما أن يكون دائنا شخصيا لأحد طرفى العقد الصورى ، أو خلفا خاصا لأحد منهما . وظاهر أن الشفيع ليس دائنا شخصيا ، لا للبائع ولا للمشترى . وليس هو كذلك خلفا خاصا للمشترى تلقى منه حقا ، فهو إنما يتلقى ملكية العقار المشفوع فيه من البائع لا من المشترى . وليس هو أخيراً خلفا خاصا للبائع استجد بعد العقد الصورى ، فهو إنما حل محل المشترى وأصبح أحد طرفى البيع والبائع هو الطرف الآخر ، ولم يقل أحد إن أحد طرفى العقد الصورى يكون من الغير فيه . ومثل الشفيع وهو يستمد حقه من البيع الصورى فلا يعتبر من الغير فيه كمثل المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان هذا الاشتراط صوريا ، فلا يعتبر المنتفع من الغير لأنه يستمد حقه من الاشتراط الصورى ، ولا يجوز له أن يتمسك بهذا الاشتراط على المتعهد بدعوى أنه من الغير وأنه حسن النية لا يعلم أن الاشتراط صورى .

أما الفقه المصرى فهو منقسم فى هذه المسألة . فهناك رأى يتمشى مع ما ذهب إليه القضاء ويقول إن الشفيع يعتبر من طبقة الغير فى الصورية فله أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان حسن النية (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٩ – اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١١٤ ص ٢٣٧ وفى الحقوق العينية الأصلية ص ٨٨ – ص ٨٩ – حسن كيرة ص ١٣ وص ٢٠) . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن الشفيع لا يعتبر من طبقة الغير فى الصورية (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٦ – أحمد نشأت فى رسالته فى الإثبات فقرة ٤٤١ مكررة ب – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٦) – واكتفى بعض الفقهاء بعرض الخلاف دون أن يتخذ موقفا فيه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩) .

لأن الالتزامات المتقدم ذكرها لا يقصد المتعاقدان تنفيذها فى الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائى المعد للتسجيل والذى اتفق المتعاقدان على إبرامه فى ميعاد معين . والذى يدعو المتعاقدين إلى إبرام هذا العقدالابتدائى قبل إبرام العقد النهائى يكون عادة اعتبارات عملية محضة ، فقد يريد المشترى بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيد هو بالشراء أن يبحث عن حالة العقار ، فاذا ما رآه خاليا من التكاليف أبرم العقد النهائى ، وإلا فسخ العقد الابتدائى . وقد يريد المشترى أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، فيكتفى عادة بدفع عربون حتى إذا مادبر باقى الثمن أبرم العقد النهائى . ولكن الغالب أن الذى يدعو إلى إبرام العقد الابتدائى قبل إبرام العقد النهائى هو أن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة طويله ، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائى إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فيبرما العقد النهائى . فالبيع الابتدائى إذن هو بيع تام ملزم للطرفين ، وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر عن القيام بالتزاماته جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك[1] . ولما كان البيع الابتدائى ينشىء على هذا النحو كل آثار البيع ، فان الشفعة تجوز فيه كما

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائى ، أخذا بالعرف الذى جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التى لم تراع فى تحريرها الأوضاع التى يتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به على وجه قطعى لايقبل العدول (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا حرر عقد ابتدائى ببيع نصيب القصر فى أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذاً إلا بعد موافقة المجلس الحسبى عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص للوصية فى بيع هذه الأرض بالشروط الواردة فى العقد الابتدائى إلا فيما يتعلق بالثمن فقد رفعه إلى الحد الذى وصلت إليه المزايدة التى أمر باجرائها تمهيداً لإقرار البيع ورست على نفس المشترى بالعقد الابتدائى ، فإن هذا القرار لا يعتبر ملغيا لهذا العقد ، وإنما هو مؤيد ومتمم له . وإذن فلا يجوز رفض دعوى الشفعة فى الأرض المبيعة بمقتضى ذلك العقد ، بمقولة إنها تكون على غير أساس لزوال هذا العقد بعدم إقرار المجلس الحسبى إياه (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٢٨) . وانظر أيضا نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨١ ص ٥٤٠ — ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ — وانظر فى المسألة الوسيط ٤ فقرة ٤١ — فقرة ٤٣ .

قلمنا وتستحق من وقت صدوره . فاذا بيع عقار بيعا ابتدائيا وكان لهذا العقار شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور العقد الابتدائى ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت [١] . وإذا أبرم البيع النهائى فسخ البيع الابتدائى ، ولكن إذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى ، بقى حقه فى الشفعة قائما وبشروط البيع الابتدائى ، حتى بعد إبرام البيع النهائى ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائى عن شروط البيع الابتدائى. ويبدو أن الشفيع ، إذا فاته الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى ، يجوز له الأخذ بالشفعة فى البيع النهائى فى مواعيد هذا البيع وبشروطه . ولكن إذا هو أسقط شفعته بعد علمه بالبيع الابتدائى ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطع بعد ذلك الأخذ بالشفعة فى البيع النهائى إلا إذا اختلفت شروطه عن شروط البيع الابتدائى ، وبخاصة إذا انقص الثمن [٢] . وقد يقترن البيع الابتدائى بعربون ، ودفع العربون وقت إبرام العقد الابتدائى يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك (م ١/١٠٣ مدنى) . فاذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد فلم يعد

---

(١) نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٣ ص ٥٦٦ – استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ – استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ – ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧ – ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ – الوسيط ٤ فقرة ٤٢ ص ٨٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٣ .

وإذا حرر عقد ابتدائى ببيع عقار ذكرت فيه أسماء جميع الورثة كبائعين، ولم يوقع العقد إلا بعض الورثة، فالبيع يعتبر قد تم بالنسبة إلى من وقع منهم ، ويجوز لمن لم يوقع أن يأخذ فى هذا البيع بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادراً من كل الورثة عن جميع المنزل ، إلا أن كل وارث لا يبيع فيه أكثر من حصته التى يملكها . فإذا أمضى العقد أصبح مرتبطا قبل المشترى عن هذه الحصة ، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن البيع وللمشترى أن يطالبه دائما بنفاذ البيع فى حصته . وإقرار البائعين فى العقد بتضامنهم ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقى الورثة حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة ونفاذ البيع فى حصته ثم فى حصص الآخرين أيضا (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٥ ص ٥٨٠) – وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٤٣ ص ٨٥ – ص ٨٦ .

لأحد منهما حق العدول عنه ، كان العقد الابتدائى باتا ملزما على الوجه الذى تقدم ذكره ، وجاز الأخذ فيه بالشفعة على النحو الذى أسلفناه . أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد ، كانت دلالة العربون هى أن كلا من المتعاقدين قد حفظ لنفسه الحق فى العدول عن البيع فى نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر . وقد اختلف فى تكييف العربون فى الفقه الفرنسى ، فبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع فيخسر العربون ، وبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط واقف فلا ينفذ البيع إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد الطرفين عنه . وقد سبق أن كيفنا العربون بأنه مقابل للرجوع فى البيع ،فيكون هو البدل فى التزام بدلى ، ويكون المدين ، بائعا كان أو مشتريا ، ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى البيع ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون(١) . وسواء كيّف العربون بأنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف ، أو كيّف بأنه بدل فى التزام بدلى ، ففى جميع الأحوال لا يمنع العربون عقد البيع من أن يوجد ، وإن كان وجوده مقترنا بجواز العدول عنه . وما دام البيع موجودا فانه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى اقترن بالعربون أو لم يقترن (٢) .

ويجوز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، لأن البيع فى الحالتين يكون موجودا وان كان وجوده على خطر الزوال . ففى البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذا من وقت إبرامه ، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة ، وتسرى من وقت إبرام العقد . فاذا أخذ بالشفعة فى مواعيدها ، حل محل المشترى فى البيع المعلق على شرط فاسخ ،

---

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٦ .

(٢) نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ – عكس ذلك استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ (عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا أصبح البيع بالعربون باتا ولم يعدل عنه أحد طرفيه) – عكس ذلك أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٦٦ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٠ ص ٤٤٨ .

فاذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا ، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعي كما كان يزول بالنسبة إلى المشترى لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة[١] . أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام العقد كما قدمنا ، فان حقه فى الشفعة يسقط ، ولم يجز له إذا تخلف الشرط الفاسخ وأصبح البيع باتا أن يأخذ بالشفعة فى مواعيد جديدة يحسبها من وقت تخلف الشرط . وفى البيع المعلق على شرط واقف يكون البيع غير نافذ ، ولكنه يكون موجودا ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة [٢] كما قدمنا ، وتحسب مواعيد الشفعة فى الشرط الواقف ، كما

---

(١) وقد كان هذا هو حكم الشفعة فى بيع الوفاء عند ما كان هذا البيع جائزاً ، وهو بيع معلق على شرط فاسخ . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ العقار المبيع وفاء بالشفعة، فإذا استرد البائع المبيع زال البيع بأثر رجعى ، ووجب على الشفيع رده للبائع وفاء ويسترد منه مادفعه عند الأخذ بالشفعة (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٤ رقم ١٥ ص ٣٣ - استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ - كوم حمادة ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٦٣ ص ٩٢٦ . محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى بيع الوفاء إلا عندما يصبح باتا استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٨ - طنطا الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان الأخذ بالشفعة يجوز فى البيع المعلق على شرط فاسخ ، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف لأنه بيع غير نافذ ، ولأن الشفعة لا تثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١) . ولوصح أن الشفعة لا تثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا ، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ ، لأن ملكية العقار فى هذا البيع لا تنتقل إلى المشترى انتقالا باتا قاطعا إذ أن البيع يزول بأثر رجعى بتحقق الشرط الفاسخ .

وقد قضت محكمة النقض بجواز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف ، إذ قضت بأن الحكم الذى يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائى المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبى ، وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس الحسبى على بيع نصيب القاصر ، يكون خاطئا (نقض مدنى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٢٣ ص ١١٧) - وانظر أيضا نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥ - وهذا هو الرأى السائد فى الفقه المصرى : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٥ ص ٣٠٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٣٥ ص ٤٦١ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٤١ ص ٣٢٣ - إسماعيل غانم ص ٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٠ - ص ٤٥١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٢٣ .

محسب فى الشرط الفاسخ ، من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط . فاذا أخذ الشفيع بالشفعة فى هذه المواعيد ، حل محل المشترى فى البيع المعلق على شرط واقف . فاذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعى ونفذت معه الشفعة ، وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعى كذلك كما كان يزول بالنسبة إلى المشترى لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة وزالت معه الشفعة . أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام البيع ، فان حقه فى الشفعة يسقط ، ولم يجز له إذا تحقق الشرط الواقف ونفذ البيع أن يأخذ بالشفعة فى مواعيد محسبها من وقت تحقق الشرط (١) .

وإذا تقايل المتبايعان قبل طلب الشفعة ، فاذا قلنا مع محكمة النقض إن التقايل هو فسخ للبيع القائم لا إنشاء لبيع جديد ، انبنى على ذلك أن البيع يزول بالتقايل (ويسمى أيضا بالتفاسخ) ، ويكون زواله بأثر رجعى فيعتبر كأن لم يكن . وعلى ذلك لا يستطيع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد التقايل ، لأن البيع الذى يريد الأخذ فيه بالشفعة يكون غير موجود وقت طلب الشفعة ، وشرط الشفعة أن يكون البيع قد قام بعد توافر شروط الأخذ بها وأن يبقى قائما عند طلبها (٢) . ولكن التقايل لا يكون حتما فسخا للبيع القائم ، بل الأمر

---

(١) والبيع المشترط فيه عدم انتقال الملكية إلى المشترى إلا بعد دفع جميع أقساط الثمن تجوز فيه الشفعة ، سواء اعتبرنا الشرط فاسخا أوواقفا ، لا سيما إذا لوحظ أن الشفيع لا يستفيد من التقسيط الممنوح للمشترى بل يجب عليه إيداع كل الثمن ، فيحل محل المشترى فى بيع تخلف فيه الشرط الفاسخ أوتحقق فيه الشرط الواقف . أنظر استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ – وانظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٦ – استئناف وطنى ٢١ نوفبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٨ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٨ .

وقد يعلق البائع البيع على شرط عدم استعمال الشفيع للشفعة ، فاذا استعملها انفسخ البيع ، قاصداً بذلك إسقاط الشفعة إذا استعملت . وهذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، إذ هو يعطل بارادة المتبايعين حقا قرره القانون للشفيع . ولما كان الشرط فاسخا ، فانه يبطل ويبقى البيع صحيحا لا شرط فيه (م ١/٢٦٦ مدنى) وتجوز فيه الشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التقايل من البيع لا يعتبر بيعا جديداً يتولد عنه للشفيع حق الشفعة ، لأن التقايل أو التراد فى البيع هو فسخ له بتراضى الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ، ومن شأنه فى قصد المتعاقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له ، مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة . وإذن فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة ، فانه يعدم أثر البيع –

يتوقف على قصد المتقايلين . فقد يقصدان إلغاء العقد القائم بعقد جديد يزيله دون أثر رجعى ، فيكون هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشترى يعقبه عقد بيع ثان من المشترى إلى البائع ، بل إن هذا فى نظرنا هو الأصل فى التقايل[1] . وفى هذه الحالة لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة فى البيع الأول لأنه زال بالتقايل ، ولكنه يستطيع طلبها فى البيع الثانى وهو البيع الذى يتضمنه التقايل ذاته ، وطبقا لمواعيد هذا البيع الثانى[2] . وإذا طلب الشفيع الشفعة فى مواعيدها فى البيع القائم قبل التقايل منه ، ثبت له الحق فيها ولا يسقط التقايل حقه ، سواء اعتبر التقايل فسخا للبيع القائم أو بيعا جديدا[3] . فان كان فسخا لم تسقط الشفعة ، لأن الفسخ هنا يكون تفاسخا بالتراضى بين المتبايعين ولا يملك

= الأول ، ولا يبقى محل لطلب الشفعة (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٥ ص ٦٦١) . وانظر أيضا نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١ – ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦ – ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ – وانظر على زكى العرابى ص ١٦ وما بعدها – شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ هامش ١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٣٤ ص ٤٦٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٢٣ .

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٥٩ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٠ ص ٣١٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٢ – ص ٤٥٣ .

(٢) أنظر المادة ٩٣٨ مدنى وسيجىء ذكرها (أنظر مايلى فقرة ١٧٢) . وقد يقال كيف يأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الثانى وهو صادر لنفس المالك القديم ، فلم يتغير على الشفيع المالك بل عاد كل شىء إلى أصله كما كان قبل البيع الأول . ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأنه من المحتمل أن يكون الشفيع إنما يتضرر من هذا المالك القديم بالذات ، ولم يكن له بدمن احتماله قبل أن ينفتح له باب الشفعة . فلما صدر البيع من هذا المالك القديم وتغير المالك ، رحب الشفيع بالمالك القديم ولم يأخذ منه بالشفعة . ثم لما تقايل المتبايعان وعاد الملك إلى المالك القديم الذى كان الشفيع يتضرر منه ، لم يلبث الشفيع أن طلب الشفعة بعد أن انفتح بابها أمامه . كذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للعقار المبيع ، ثم خرج عن ملكه كأن باعه مثلا لشخص ثم باعه هذا الشخص لشخص آخر ، فيأخذ البائع الأول العقار بالشفعة إذا توافرت شروطها (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٦) .

(٣) العياط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ .

هذان إسقاط الشفعة بتراضيهما[1] . وإن كان بيعا جديدا أعقب البيع الأول ، فان الشفيع قد طلب الشفعة فى البيع الأول فلا يسقط حقه بالبيع الثانى ، وإنما يسقط هذا الحق لو أنه لم يطلب الشفعة قبل البيع الثانى فيتعين عليه فى هذه الحالة أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى لا فى البيع الأول (م ٩٣٨ مدنى وسيجىء ذكرها[2] . وهذا لا يمنع الشفيع ، إذا كان قد طلب الشفعة فى البيع الأول قبل التقايل منه ، أن ينزل عن هذا الطلب ويطلب الشفعة فى البيع الثانى[3] .

ويجوز الأخذ بالشفعة حتى فى البيع القابل للإبطال ، فالبيع الباطل هو الذى لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود ، أما البيع القابل للإبطال فبيع موجود نافذ ، ولا يزول إلا إذا حكم بابطاله . وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفى البيع الذى شابه غلط أو تدليس أو إكراه ، فى المواعيد المقررة وتسرى منذ إبرام البيع القابل للإبطال . فيحل الشفيع محل المشترى فى هذا البيع ، ويكون مثله معرضا للمطالبة بابطال البيع من البائع . فاذا أجاز البائع البيع زال سبب الإبطال ، وانقلب البيع صحيحا بأثر رجعى ، وأصبحت ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ملكية باتة نهائية . أما إذا طلب البائع إبطال البيع وحكم له بذلك ، فان البيع يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، وتزول ملكية الشفيع عن العقار وتعود إلى البائع ، كما كان يقع للمشترى لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة . وإذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة التى تحسب منذ إبرام البيع القابل للإبطال كما قدمنا ، ثم أجاز البائع البيع

---

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ (ويذهب إلى أنه يجب رفع دعوى الشفعة قبل التقايل حتى لا يسقط التقايل الحق فى الشفعة) . أما إذا لم يكن الفسخ بالتراضى أى بالتقايل ، بل كان فسخا بحكم القضاء ، بأن أخل المشترى مثلا بالتزاماته فحكم للبائع بالفسخ ، فان الفسخ هنا بماله من أثر رجعى يجعل البيع كأن لم يكن ، ويعتبر البيع غير موجود منذ البداية ، فتسقط الشفعة المؤسسة على هذا البيع . وهنا لم يكن الفسخ بتراضى المتبايعين حتى يقال ، كما قيل فى التقايل ، إن المتبايعين لا يملكان بتراضيهما إسقاط حق الشفيع (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ ص ٢٧٤) .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ١٧٢ .

(٣) وكذلك لو سقط طلبه الشفعة فى البيع الأول ، جاز له أن يطلبها فى البيع الثانى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢١٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٣) .

فانقلب بيعا صحيحا ، لم يجز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ولم تنفتح له مواعيد يبدأ سريانها منذ إجازة البيع(١) .

ويخلص مما تقدم أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع(٢) . فأى سبب آخر لكسب

---

(١) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ - على زكى العرابى فقرة ١٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٢ ص ٤٥٠ .

وقريب من البيع القابل للإبطال البيع غير النافذ فى حق المالك ، ويجوز الأخذ بالشفعة فيه . فاذا كان البيع صادراً من وكيل عزله المالك بكتاب مسجل سابق على البيع ، جاز للمحكمة أن تقضى للشفيع بالشفعة فى هذا البيع ، فاذا أقر المالك البيع خلصت للشفيع ملكية العقار المشفوع فيه (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) . كذلك تجوز الشفعة فى بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ فى حق المالك من جهة أخرى . فاذا أخذ الشفيع فيه بالشفعة ، وأجاز المالك الحقيق البيع ، استقرت ملكية الشفيع فى العقار المشفوع فيه ، لأن البيع باجازة المالك الحقيق ينقلب صحيحاً نافذاً . ويلاحظ أن قابلية بيع ملك الغير للإبطال قد تقررت لمصلحة المشترى ، فان أخذ الشفيع بالشفعة وحل محل المشترى ، لم يجز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشترى ، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون قد أجاز البيع .

(٢) وبالشروط الواردة فيه دون أى تحوير فيها ، فلا يجوز للشفيع أن يعفى نفسه من هذه الشروط ، كما لو اشترط البائع على المشترى أن يبنى فى الأرض المبيعة منزلا للسكنى أو أن يحافظ على مستوى الأرض الحالى (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) . كما لا يجوز للشفيع أن يضيف شرطا ليس وارداً فى البيع ، كأن يشترط أن يكون العقار المبيع لم ترفع دعوى استحقاق عنه أو عن جزء منه (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٤ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٤) .

وإذا كان الثمن فى البيع إيراداً مرتباً مدى حياة البائع ، ولم يكن ملحوظا فى البيع شخصية المشترى ، فيبدو أن الشفيع يستطيع الأخذ بالشفعة ويلتزم بدفع الإيراد للبائع مدى حياته ، ولا يودع خزانة المحكمة بعد طلب الشفعة إلا ما يكون مستحقا من أقساط الإيراد . ويجوز أن تطلب المحكمة من الشفيع كفالة تضمن دفع الإيراد ، كما يجوز للشفيع أن يدفع لإحدى شركات التأمين رأس مال فى مقابل أن تدفع الشركة للبائع أقساط الإيراد مدى حياته . أنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إذا كان الثمن إيراداً مرتبا محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٧ - فورجير ص ١٣٢ - ص ١٣٣ .

ولا يعتبر الأخذ بالشفعة بيعا يؤخذ فيه بالشفعة ، فاذا طلب الشفيع الشفعة ثم سقط حقه فيها ، وطلب شفيع آخر نفس العقار بالشفعة وحكم له بها ، لم يجز للشفيع الأول طلب الشفعة مرة أخرى بدعوى أن الحكم بالشفعة للشفيع الثانى يعتبر بيعا يخوله حقا جديداً فى الشفعة . فالشفعة إذا تمت لشخص ، لم تجز الشفعة من هذا الشفيع (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٥) .

الملكية كالميراث والالتصاق والتقادم لا تجوز فيه الشفعة ، ولا يجوز فى أى تصرف قانونى آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بعوض والشركة والوفاء بمقابل والمقايضة ولو بمعدل . ويشترط فى البيع ، حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، أن يكون موجودا ؛ فاذا كان غير موجود كالبيع الباطل والبيع الصورى فلا شفعة . ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وبقى قائما إلى وقت طلبها جاز الأخذ بها ، سواء كان البيع صحيحا نافذا كعقد البيع النهائى وعقد البيع الابتدائى والبيع بالعربون والبيع المعلق على شرط فاسخ والبيع المتقايل فيه ، أو كان صحيحا غير نافذ كالبيع المعلق على شرط واقف ، أو كان غير صحيح ما دام موجودا كالعقد القابل للإبطال .

ويقع على الشفيع عبء إثبات البيع ، وأن هذا البيع قد قام بعد أن توافر فى الشفيع شروط الأخذ بالشفعة ، وبقى قائما إلى وقت طلبها[1] . ولما كان البيع ، بالنسبة إلى الشفيع ، يعتبر واقعة مادية كما قدمنا وهو لم يكن طرفا فيه ، فان للشفيع أن يثبته بجميع طرق الإثبات ويدخل فى ذلك البينة والقرائن ، ولو زاد الثمن على عشرة جنيهات كما هو الغالب[2] . ولكن الذى يقع فى العمل أن الشفيع كثيرا ما يستغنى عن إثبات البيع ، إما بالإقرار الصادر من البائع أو المشترى فى الإنذار الرسمى الصادر منه إلى الشفيع متضمنا بيان العقار المبيع والثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى (م ٩٤١ مدنى) على

---

(١) وتنص المادة ١/١١٣٢ مدنى عراقى ، فى هذا الصدد ، على أنه « لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع » . وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين فى المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند تملك المشترى » .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ – ويجوز للشفيع ، فى إثبات البيع فى دعوى الشفعة ، أن يوجه اليمين الحاسمة . فاذا حلفها البائع أو المشترى ، لم يعد للشفيع طريق آخر لإثبات البيع . وليس من الضرورى أن يحلف اليمين كل من البائع والمشترى ، فان أحدهما إذا حلفها انتفى البيع ، إذ لا بد لوجوده من أن يرضى به كل منهما (كفر الشيخ الكلية ٢٦ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢١٠ ص ٤٩٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ ص ٤٥٠) . ولا يكفى نكول أحدهما عن حلف اليمين ، بل لا بد من نكول كليهما ، إذ الإقرار الذى يتضمنه النكول لا بد أن يصدر من طرفى البيع فالبيع لا يتم إلا بتراضيهما .

ما سنرى ، أو بتسجيل البيع نفسه إذا لم يوجه للشفيع هذا الإنذار إذ يبقى حقه فى الشفعة قائماً حتى تنقضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م ٩٤٨ ب مدنى) كما سيجىء .

١٧١ – جواز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل : قبل صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ كان البيع غير المسجل ينقل الملكية إلى المشترى ، ولم يكن التسجيل لازماً حينئذ إلا للاحتجاج بالبيع على الغير . فلم يقم إذ ذاك خلاف فيما إذا كان يصح الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل ، فقد كان هذا البيع يجعل المشترى مالكاً فتجتمع فيه صفة المشترى وصفة المالك فى وقت واحد . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار من المشترى قبل أن يسجل هذا عقده ، إذ أنه كان يأخذه من مشتر هو فى الوقت ذاته مالك . ولما صدر قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ ، أصبح البيع غير المسجل لا ينقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، ولا يترتب عليه إلا نشوء التزامات شخصية . فقام خلاف فى أول الأمر فيما إذا كان البيع بعد صدور قانون التسجيل قد أصبح عقداً شكلياً لا ينعقد باعتباره بيعاً – وليس فحسب لنقل الملكية – إلا إذا سجل . ولكن لما كان البيع غير المسجل يترتب عليه جميع التزامات البائع ومنها الالتزام بنقل الملكية وجميع التزامات المشترى ومنها الالتزام بدفع الثمن ، ولما كان يمكن إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً فى بيع غير مسجل عن طريق دعوى صحة التعاقد ، فان هذا الخلاف لم يدم وقتاً طويلا . ومالبث الرأى الذى يقول بأن البيع غير المسجل هو عقد بيع كامل ، يتم بالتراضى دون حاجة إلى التسجيل وينشىء جميع الالتزامات التى ينشئها البيع المسجل ، أن تغلب على الرأى الآخر الذى يقول بأن البيع قد أصبح عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بالتسجيل . واستقر الرأى الأول بعد مدة قصيرة فى الفقه والقضاء ، ولم يعد أحد ينازع فيه منازعة جدية .

وكان قد تفرع عن الخلاف المتقدم الذكر خلاف آخر يتعلق بالشفعة ، فذهب بعض الفقهاء وبعض المحاكم إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا فى البيع المسجل ، ليس فحسب لأن البيع أصبح عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بالتسجيل فيما

يذهب إليه من يقولون بذلك ، بل أيضا لسبب خاص بالشفعة حتى مع القول بأن البيع بقي عقدا رضائيا بعد صدور قانون التسجيل . ذلك بأن الشفيع ، في رأي من يقولون بأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل ، إنما يأخذ بالشفعة العقار من تحت يد المشتري إذا أصبح مالكا . فشرط الشفعة عندهم أن تخرج ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى المشتري ، إذ أن المشتري لا يصبح جارا للشفيع أو شريكا معه في الشيوع فيتضرر الشفيع من جواره أو من شركته ، إلا إذا أصبح المشتري مالكا . فيجب إذن التربص بالشفعة حتى يتحقق الضرر الذي شرعت الشفعة لتفاديه ، أي حتى يصبح المشتري مالكا ، ولا يكون ذلك إلا بتسجيل البيع ، فلا تجوز الشفعة في بيع غير مسجل[1] .

ولكن هذا الخلاف أيضا لم يدم وقتا طويلا ، فان نصوص قانون الشفعة السابق ، وهو القانون الذي قام الخلاف في عهده ، صريحة في أن الشفعة تؤخذ من المشتري ، وهي لا تتكلم إلا عن البيع والبائع والمشتري . ولما كان البيع غير

---

(١) أنظر مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ – وانظر في استعراض الحجج الأخرى للقائلين بهذا الرأي محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٤٠ . ومن الأحكام التي أخذت بهذا الرأي : استئناف مصر ٣ نوفبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ – قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ – مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ – مصر المختلطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ٣٠٤ ص ٣٠٣ .

ومن أشد مؤيدي هذا الرأي الأستاذ محمد على عرفة . ونقطة الابتداء عنده أن شرط الشفعة الأساسي ، فيما يرى ، هو خروج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجا باتا . ولذلك يرى أن عقد البيع الابتدائي والبيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيهما بالشفعة لأنهما لا ينقلان ملكية العقار المبيع فوراً إلى المشتري ، وكذلك يرى أن البيع غير المسجل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشتري (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٨ ص ٤٥٧) .

ولكن نصوص القانون لا تسمح بالقول إنه يشترط للأخذ بالشفعة خروج ملكية العقار المشفوع فيه إلى المشتري ، وكل ما تشترطه النصوص هو « بيع » العقار المشفوع فيه لا نقل ملكيته . وكل من البيع الابتدائي والبيع المعلق على شرط واقف والبيع غير المسجل هو « بيع » وإن لم ينقل الملكية ، فيجوز إذن الأخذ فيه بالشفعة . والمقرر في مبادىء الشفعة أنه ، في حين أن العقار المشفوع به يجب أن يكون « مملوكا » للشفيع فاذا كان سند الشفيع في ملكية هذا العقار هو البيع وجب أن يكون مسجلا ، لا يشترط في العقار المشفوع فيه إلا أن يكون « مبيعا » فيكون مبيعا حتى لو كان البيع لم يسجل .

المسجل ، حتى بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، هو بيع كامل كما قدمنا ، فيجوز إذن الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل . ونصوص الشفعة فى التقنين المدنى الجديد لا تقل صراحة فى هذا الشأن عن نصوص قانون الشفعة السابق ، بل يتصدر هذه النصوص نص يعرف الشفعة بأنها « رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى » (م ٩٣٥ مدنى) ، فالشفعة إذن جائزة فى بيع العقار ، ولا يزال بيع العقار « بيعا » ولو لم يسجل . ثم إن الأخذ بالشفعة فى بيع غير مسجل يؤدى إلى نفس النتيجة التى يؤدى إليها الأخذ بالشفعة فى بيع مسجل ، وهى أن يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه . فالشفيع فى البيع غير المسجل يحل محل المشترى فى حقوقه ، ومن هذه الحقوق التزام فى ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشترى . فيصبح البائع ملتزما نحو الشفيع ، بعد أن حل هذا محل المشترى ، بنقل ملكية العقار المبيع إليه . ويستطيع الشفيع أن يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا ، كما كان يستطيع المشترى . بل إن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع ، إذا سجل – ويستطيع الشفيع أن يقوم بتسجيله – ينقل ملكية العقار المبيع فعلا من البائع إلى الشفيع . يضاف إلى ذلك أن التربص بالشفعة حتى يسجل البيع ، وقد يطول انتظار الشفيع حتى يتم هذا التسجيل ، من شأنه أن يجعل ملكية العقار مقلقلة غير مستقرة مدة غير قصيرة . بل إن المشترى قد يتعنت ، إذا هو أمن جانب البائع ولم يخش منه التصرف فى العقار مرة أخرى ، فيبقى البيع دون تسجيل إذ أن أمر التسجيل فى يده ، فيعطل بذلك حق الشفيع المدة التى يريدها[1] .

---

(٢) ومن الأحكام التى أخذت بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٢ – ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ – ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٠ – ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٥ – ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٤ – ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ – ٢٦ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ – مصر الكلية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ – أسيوط الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ – المنصورة الكلية ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ – مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ .

هذه الأسباب وغيرها (١) كانت من الوجاهة بحيث لم تجعل الخلاف يدوم طويلا كما قدمنا . وما لبث الفقه أن انحاز نحو إلى الرأى الذى يقول بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل (٢) ، ثم مالبث القضاء أيضا أن انحاز إلى هذا الرأى . فقضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل ، لأن نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولأن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل ، ولأن التسجيل إنما شرع لصالح المشترى وهو بيده فلا يمكن أن يؤثر التقصير فى إجراء التسجيل أو التعمد فى عدم التسجيل من جانب المشترى فى حق ذوى الشأن قبله ، ولأنه إذا قيل بأن الشفيع لا يملك حق الشفعة إلا من تاريخ التسجيل نكون قد وسعنا فى حق الشفعة بتضييق مسقطاتها خلافا لنصوص القانون ولطبيعة حق الشفعة باعتباره حقا ضعيفا لا يصح التوسع فيه ، ولأدى ذلك إلى عدم استقرار الملكية فى يد اربابها وهو ما أراد القانون تلافيه بالنص على مسقطات الشفعة وبحصر المواعيد فى إجراءاتها وفى طرق الطعن فى الأحكام الصادرة فيها ، وأخيرا لأنه لا ضرر على المشترى من استعمال الشفيع حقه فى الشفعة قبل التسجيل لأن الشفيع إنما يحل محله فى البيع بشروطه ، وإنما الضرر فى السماح للمشترى بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده (٣) . وقد تواترت الأحكام بعد ذلك بهذا المعنى ، واستقر القضاء على هذا المبدأ (٤) .

---

(١) أنظر فى استعراض الحجج الأخرى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٩ – وانظر فى الرد عليها محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ .

(٢) ورواد الفقه فى هذا الرأى هم الأستاذ حامد فهمى فى بحثه فى مجلة المحاماة ٥ ص ٧٢٩ وما بعدها ، والأستاذ عبد السلام ذهنى فى كتابه فى الأموال ص ٦٦٩ – ص ٧٠٨ ، والأستاذ صليب سامى فى بحثه فى مجلة المحاماة ٨ ص ٦٦٨ وما بعدها .

(٣) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ – المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ .

(٤) استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥–٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ – ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩– ٢٥ مارس سنة ١٩٤١–

وأكد استقرار القضاء أن محكمة النقض قررت نفس المبدأ فى أحكام متوالية ، وأقرت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة على قضائها . فقضت فى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ بأنه من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذى يشفع فيه ، وأن الشفعة جائزة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل ، ولقد سبق للدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف أن بحثت هذا الموضوع على ضوء النصوص الواردة فى قانونى الشفعة والتسجيل ، وأصدرت فيه حكما فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ قالت فيه إن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقر هذا الحكم والمقومات التى أقيم عليها [1] . وقضت أيضا فى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ بأنه يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أى وقت انعقاد بيع العقار الذى يشفع فيه ، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا [2] . وقضت كذلك بأنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ [3] .

ولم يغير التقنين المدنى الجديد فى هذا الأمر شيئا ، فالحجج التى استند إليها الرأى القائل بجواز الشفعة فى البيع غير المسجل فى عهد قانون الشفعة

=المحاماة ٢١ رقم ٤٢١ ص ١٠١٠ – المنصورة الكلية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ – استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩ – ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ – وعلى المشترى الذى يدعى أن هناك عقد بيع غير مسجل يسبق عقد البيع الرسمى المسجل الذى أخذ فيه الشفيع بالشفعة ، وأنه كان من الواجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة فى العقد الأول غير المسجل ، أن يثبت وجود هذا العقد وأنه صدر فى التاريخ المذكور فيه (استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٩) .

(١) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ .

(٢) نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

(٣) نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ – وانظر أيضا نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ و ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ و ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٤ رقم ٥٢ و ٥١ و ٥٣ .

السابق لا تزال قائمة فى عهد التقنين المدنى الجديد . بل إن الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد تزيد هذا الأمر تأكيداً : فنى محضر جلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ من محاضر لجنة الأستاذ كامل صدقى أجمع أعضاء اللجنة إلا واحداً على عدم النص على اشتراط تسجيل البيع لجواز الأخذ بالشفعة ، وعلى الأخذ بما ذهب إليه قضاء محكمة النقض وسائر المحاكم من أن نقل الملكية والتسجيل ليسا ركناً من أركان البيع وإنما هما أثر من آثاره ، ولذلك لا يجوز جعل تسجيل البيع شرطاً لاستعمال حق الشفعة [1] .

والآن بعد أن استقر القضاء والفقه [2] على جواز الشفعة فى البيع غير المسجل للأسباب الوجيهة التى قدمناها ، بقى أن نلاحظ ما يأتى :

---

(١) وقد ردد أعضاء اللجنة الحجج التى تساق عادة للتدليل على صحة هذا الرأى . فقيل مثلا « إن المشترى بموجب عقد غير مسجل لاتنقصه صفة المشترى » ، وأضيف « أنه كثيراً ما يحدث أن يغفل المشترى تسجيل عقده ثقة منه فى البائع لتأكده من أن هذا الأخير لن يبيع العقار مرة ثانية لشخص آخر ، فنى مثل هذه الحالة لا يجب أن يحول عدم تسجيل العقد دون استعمال حق الشفعة » . وقيل أيضاً « إن إلزام المشترى بتسجيل عقده معناه القضاء على حق الشفعة ، إذ أنه ... يمكن القول بأن البيع يولد التزاماً بنقل الملكية ، وهذا الالتزام كاف لتمكين صاحب حق الشفعة من استعمال حقه ولو لم يتم تسجيل البيع . والقول بخلاف ذلك يؤدى إلى تعطيل استعمال حق الشفعة بفعل المشترى » . أما العضو الوحيد المعارض فى اللجنة فقد لاحظ « أن نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لا يتم إلا بالتسجيل ، وإلى أن يتم التسجيل يجوز للبائع أن يبيع العين مرة ثانية ولا يأمن المشترى الذى لم يسجل عقده جانب من باع له ، فحق الشفيع لا يولد إذن إلا إذا كان هناك نقل للملكية . لذا يتعين اشتراط تسجيل البيع لقيام حق الشفعة » (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٤ – ص ٤٠٥ فى الهامش) .

(٢) أنظر فى الفقه : شفيق شحاتة فقرة ٢٦٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٣٧ – إسماعيل غانم ص ٨١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٣٢ – حسن كيرة ص ١٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٣ (جواز الشفعة فى البيع الابتدائى وهو بيع غير مسجل) .

وانظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع المسجل محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ – فقرة ٢٧٠ . ويشير الأستاذ محمد على عرفة إلى ما يؤدى إليه الرأى القائل بجواز الشفعة فى البيع غير المسجل من نتائج غير مقبولة فى نظره ، فيبرز النتيجتين الآتيتين : (١) إذا تقايل البائع والمشترى قبل تسجيل العقد ولكن بعد طلب الشفعة لم يصح التقايل ، ويجبر البائع على المضى فى البيع بالرغم من عدوله عنه وتقايله مع المشترى ، ولكن يمضى فى البيع مع الشفيع لا مع المشترى . ولا نرى أن هذه نتيجة غير مقبولة ، فالمقرر فى الشفعة أن كل تصرف يصدر من المشترى إلى الغير بعد تسجيل=

١ – لم يكن هناك بد من القول بجواز الشفعة فى البيع غير المسجل ، ما دمنا نقول بجواز الشفعة فى العقد الابتدائى . فالعقد الابتدائى ، والشفعة جائزة فيه كما قدمنا (١) ، ما هو إلا عقد بيع غير مسجل .

٢ – إذا كان التسجيل لا يشترط فى البيع للأخذ بالشفعة ، فإن ثبوت تاريخ البيع أيضا لا يشترط ، وقد رأينا محكمة النقض تقول إنه لا يشترط

= طلب الشفعة لا يسرى فى حق الشفيع . فإذا كان التصرف صادراً إلى البائع نفسه – والتقايل تصرف صادر إلى البائع – فإن هذا التصرف لا يسرى فى حق الشفيع إذا كان صادراً بعد طلب الشفعة . وذلك بأن البائع الصادر إليه التصرف ليس من الغير حتى يشترط أن يكون التصرف صادراً بعد تسجيل طلب الشفعة ، بل يكفى أن يكون صادراً بعد طلب الشفعة لا تسجيلها حتى لا يسرى فى حق الشفيع . والقول بغير ذلك هو الذى يؤدى إلى نتيجة غير مقبولة ، إذ لو سلمنا بأن تقايل البائع مع المشترى بعد طلب الشفعة يسرى فى حق الشفيع ، لأمكن البائع والمشترى أن يتواطآ على إضاعة حق الشفعة . فإنهما إذا رأيا أن الشفيع طلب الشفعة ، تقايلا حتى يضيع على الشفيع حقه . (٢) من مقتضى القول بثبوت الشفعة فى البيع غير المسجل أن الشفيع ، إذا توالت البيوع ، يتعين عليه أن يتابع سلسلة المشترين المتعاقدين حتى قبل تسجيل عقد المشترى الأصلى . وفى هذا عنت على الشفيع ، إذ يصبح مفروضا عليه تتبع كل البيوع المستترة التى يعقدها المشترى الأول ومن يخلفه حتى تصح شفعته قانونا . ولا نرى أن هذا يلقى على الشفيع عبئا ثقيلا ، فالمقرر الآن فى التقنين المدنى الجديد أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوما من يوم إنذار البائع أو المشترى له بالبيع . فما على الشفيع إلا أن ينتظر هذا الإنذار ، سواء صدر من المشترى الأول أو من أحد المشترين المتعاقبين بعد المشترى الأول ، فيأخذ بالشفعة فى البيع المذكور فى الإنذار فتصح شفعته فى هذا البيع . فإذا خطر للمشترى الذى أرسل الإنذار أن يبيع العقار مرة ثانية بعد إرسال الإنذار – وهذا أمر بعيد الاحتمال – فإن الشفيع لا تضيع عليه شفعته فى هذا البيع الجديد ، إذ يجب على المشترى الجديد هو أيضا أن ينذر الشفيع بالبيع الجديد ، فينفتح باب جديد للشفعة يطلبها الشفيع فى خلال خمسة عشر يوما من هذا الإنذار الأخير . وهكذا نرى أن الشفيع لا بد أن يعلم ، عن طريق الإنذار ، بكل بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، فلا يضيع عليه حقه فى الشفعة فى هذا البيع .

والذى يقع عملا أن الشفيع يترقب أمرين حتى يحافظ على حقه فى الشفعة : إما أن يصله إنذار بالبيع من المشترى أو من البائع فيستعمل حقه فى الشفعة عقب هذا الإنذار فى الميعاد القانونى ، أو أن يسجل المشترى البيع فيعرف الشفيع عن طريق التسجيل بوقوع البيع وله أربعة أشهر من وقت التسجيل لاستعمال حقه فى الشفعة . وليس فى كل هذا كبير عنت ، إذا أراد أن يستعمل حقا استثنائيا كحق الشفعة .

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٠ .

فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ[١] . ذلك بأن الشفيع لا يعتبر من الغير لا فى الصورية ولا فى ثبوت التاريخ ، فإذا واجهه المشترى بعقد بيع غير ثابت التاريخ ، كان هذا التاريخ حجة عليه إلى أن يثبت عكسه . فإذا كان التاريخ العرفى لعقد البيع سابقا على تاريخ تملك الشفيع للعقار المشفوع به ، لم يجز للشفيع أن يتمسك بأن هذا التاريخ غير الثابت لا يحتج به عليه ، وبأن عقد البيع يجب أن يكون ثابت التاريخ وسابقا على تملك الشفيع للعقار المشفوع به حتى لا يكون للشفيع الحق فى الأخذ بالشفعة. بل للمشترى أن يتمسك بالتاريخ العرفى لعقد البيع وهو التاريخ السابق على تاريخ تملك الشفيع للعقار المشفوع به ، وأن يحتج به على الشفيع حتى يسلبه الحق فى الأخذ بالشفعة . ولكن للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن التاريخ العرفى لعقد البيع قد قدم غشا ليكون سابقا على تملك الشفيع للعقار المشفوع به ، بقصد حرمانه من الأخذ بالشفعة[٢] . ويرجع ذلك ، لا فحسب إلى أن الغش هنا يسوغ إثبات عكس ماهو ثابت بالكتابة بجميع الطرق ، بل يرجع أيضا إلى أن البيع يعتبر بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية كما قدمنا[٣]، فله أن يثبت واقعة البيع ويتضمن ذلك تاريخها بجميع الطرق[٤] .

٣ – وإذا كان لا يشترط فى بيع العقار المشفوع فيه أن يكون مسجلا للأخذ بالشفعة ، فعلى العكس من ذلك يشترط ، إذا كان سند الشفيع فى ملكية العقار الذى يشفع به عقد بيع ، أن يكون هذا البيع مسجلا . ذلك بأن الشفيع

---

(١) نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ ص ٤٥٨ – ص ٤٥٩ – عكس ذلك عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٠٧ فى آخرها .

(٤) قارن مع ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه يلزم توافر أسباب الأخذ بالشفعة لدى الشفيع قبل حصول البيع المترتب على الشفعة ، وهذا يقتضى أن يكون تاريخ هذا البيع ثابتا ثبوتا كافيا للاحتجاج به على الشفيع وحده كما لو ذكر فى ورقة رسمية ، وعندئذ يعد تاريخ هذه الورقة الرسمية تاريخا له ، بما أن طرق إثبات التاريخ غير مبينة على سبيل الحصر (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩) .

لا يشفع إلا بعقار يملكه كما سنرى(١) ، وهو لا يملك العقار المشفوع به عن طريق البيع إلا إذا كان هذا البيع مسجلا . ونخلص من ذلك أنه فى حين أن بيع العقار المشفوع فيه لا يشترط أن يكون مسجلا ، يشترط على العكس من ذلك أن يكون بيع العقار المشفوع به مسجلا وأن يكون التسجيل سابقا على انعقاد بيع العقار المشفوع فيه .

١٧٢ ـ الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع ـ نص قانونى : تنص المادة ٩٣٨ مدنى على ما يأتى :

« إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى ، وبالشروط التى اشترى بها »(٢).

ويفرض هذا النص بيوعا قد توالت ، ويحدد فى أى بيع منها يأخذ

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ١٨٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٤ – ص ٤٠٠) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ٩ : العين الجائز أخذها بالشفعة ، إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور فى المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها . (وحكم قانون الشفعة السابق يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٧ : إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل أن يدعى الشفيع بالشفعة ، سقطت شفعته ، وتجددت له شفعة على المشترى الثانى .

(وحكم التقنين العراقى متفق فى مجموعة مع حكم التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تم التفرغ عن المشفوع لشخص ثالث بقيده فى السجل العقارى قبل تقديم دعوى الشفعة ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها . (والقانون اللبنانى يشترط للأخذ بالشفعة من المشترى الثانى أن يكون البيع الصادر لهذا المشترى الثانى قد قيد فى السجل العقارى قبل أن يرفع الشفيع دعوى الشفعة على المشترى الأول) .

الشفيع بالشفعة . ولتبسيط المسألة نفرض أن المالك باع عقاره لمشتر ، ثم ان هذا المشترى باع العقار لمشتر ثان ، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الأول أو فى البيع الثانى ؟ ويستوى فى هذا الفرض أن يكون المشترى الأول قد سجل عقده قبل أن يبيع للمشترى الثانى أو لم يسجل ، وإن كان الغالب فى العمل أن المشترى الأول لا يبيع للمشترى الثانى إلا بعدأن يكون قد سجل عقده . ويستوى كذلك أن يكون المشترى الثانى قد سجل عقده أو لم يسجل ، فقد قدمنا أن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل .

ويجيب النص سالف الذكر على السؤال المتقدم بالتمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون المشترى الأول لم يبع العقار للمشترى الثانى إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة فى البيع الأول وسجل هذا الطلب . ففى هذه الحالة لا يسرى البيع الصادر من المشترى الأول للمشترى الثانى فى حق الشفيع ، إذ تنص المادة ٩٤٧ مدنى كما سنرى على أنه « لا يسرى فى حق الشفيع . . أى بيع صدر من المشترى ولا . . إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة » . ومعنى أن البيع الثانى الصادر بعد تسجيل طلب الشفعة لا يسرى فى حق الشفيع أن الذى يسرى فى حقه هو البيع الأول وحده. وعلى ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة فى هذا البيع الأول بالشروط الواردة فيه ، والمفروض أنه سجل طلب الشفعة فى هذا البيع فيمضى فى إجراءات الشفعة إلى غايتها [1] . . وذلك لا يمنعه ، إذا رأى أن شروط البيع الثانى أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن ينزل عن طلب الشفعة فى البيع الأول ، ويطلبها فى البيع الثانى فى مواعيد هذا البيع وبشروطه [2] .

---

(١) نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٨ ص ٨٦٤ – استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤٣٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٦ – إسماعيل غانم ص ٨٧ – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقار المشفوع فيه مبيعا مع شرط اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء بعد تسجيل إعلان الرغبة ، ولا يسقط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٨٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٨ ص ٤٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥ .

(الحالة الثانية) أن يكون المشترى الأول باع العقار للمشترى الثانى قبل أن يسجل الشفيع طلب الشفعة فى البيع الأول [١]. فى هذه الحالة يكون هذا البيع الثانى ساريا فى حق الشفيع ، لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ، وكل تصرف يصدر من المشترى قبل تسجيل طلب الشفعة يسرى فى حق الشفيع (مفهوم المخالفة من المادة ٩٤٧ مدنى) [٢] . وما دام هذا البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع ، فانه يكون قد فسخ البيع الأول الذى لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعة أو أخذ بها ولكن لم يسجل طلبه قبل صدور البيع الثانى . وعلى ذلك لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة فى البيع الأول المنسوخ ، وكل ما يستطيعه هو أن يأخذ بالشفعة فى البيع الثانى الذى يبقى وحده قائما بعد أن نسخ البيع الأول ، ويكون أخذه بالشفعة فى هذه الحالة فى مواعيدالبيع الثانى وبشروطه، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٣٨ مدنى سالفة الذكر [٣] . وما دام الشفيع

---

(١) يقول نص المادة ٩٣٨ مدنى كما رأينا : « . . . ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أوقبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة » . ومعنى ذلك أن يكون البيع الثانى حاصلا قبل إعلان رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، أو إذا صدر هذا الإعلان من الشفيع فقبل تسجيله . وبعبارة أخرى يجب أن يكون البيع الثانى صادراً قبل تسجيل إعلان الرغبة ، سواء صدر هذا الإعلان فعلا ولم يسجل ، أو لم يصدر أصلا فلا يتصور أن يكون قد سجل . وكان الأولى من ناحية الصياغة أن يكون النص كما يأتى : « . . . ثم باعها قبل تسجيل رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة » (أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦) .

(٢) ولايشترط أن يكون البيع الثانى ثابت التاريخ ، فالتاريخ العرفى كاف إذا كان سابقا على تسجيل طلب الشفعة . وللشفيع ، وهو ليس من الغير فى ثبوت التاريخ ، أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفى وأنه قدم غشا ليكون سابقا على تسجيل طلب الشفعة (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٧ – أنظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٣ ص ٤٩٢ – ص ٤٩٣) .

(٣) وقد يبيع المشترى الأول جزءاً مفرزاً من العقار المبيع ويستبقى الجزء الآخر، فللشفيع فى هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة الجزء المبيع للمشترى الثانى وحده وبشروط البيع الثانى ، وأن يأخذ الجزء الذى استبقاه المشترى الأول وحده بشروط البيع الأول ، وذلك لأن الصفقة قد تفرقت (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩) . ويشترط فى الحالتين أن تتوافر شروط الشفعة فى الجزء المطلوب أخذه ، فإذاترتب على التجزئة أن أصبح جزء لاتتوافر فيه شروط الشفعة لم يجز أخذه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧).–

يأخذ بالشفعة فى البيع الثانى دون البيع الأول ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثانى لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأى سبب ، امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها . ذلك بأن الشفيع يطلب الشفعة فى البيع الثانى ولا شفعة فيه ، ولا يستطيع طلب الشفعة فى البيع الأول بعد أن نسخه البيع الثانى[1] . وعلى ذلك إذا كان البيع الثانى صادرا من المشترى الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه أو أصهاره ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة ، أو كان المشترى الأول بدلا من أن يبيع العقار وهبه أو قايض عليه ، لم يستطع الشفيع الأخذ بالشفعة ، فقد فاته الأخذ بها فى البيع الأول وامتنع عليه الأخذ بها فى التصرف الذى صدر من المشترى الأول (٢) .

= أما إذا باع المشترى الأول جزءا شائعا من العقار [illegible] لنفسه بباقى العقار شائعا ، لم يجز للشفيع أن يشفع فى جزء شائع دون الجزء الآخر ، بل يجب عليه أن يطلب الشفعة فى كل العقار ، بشروط البيع الثانى فى الجزء الشائع الذى باعه المشترى الأول ، وبشروط البيع الأول فى الجزء الشائع الذى استبقاه هذا المشترى . وذلك لأنه لو سمح للشفيع أن يفرق الصفقة فى هذا الفرض ويأخذ بالشفعة جزءاً شائعا دون الجزء الآخر ، لاضطر مالك هذا الجزء الآخر أن يقبل الشفيع شريكا معه فى الشيوع . أنظر نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٦ ص ٨١٩ – استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ – ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٢ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٥ – ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٧ ص ٥٠٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ص٣٤٧.

ورفع دعوى الشفعة على المشترى الأول بعد أن باع هذا لمشتر ثان يصححه تدخل المشترى الثانى فى الدعوى المرفوعة ، ولاحاجة لرفع دعوى جديدة على هذا المشترى الثانى (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٤) .

(١) وبالرغم من وضوح هذه المسألة ، نرى لجنة الأستاذ كامل صدقى قد ناقشتها مناقشة طويلة اختلفت فيها الآراء ، ولكنها انتهت إلى النتيجة المنطقية التى ذكرناها (أنظر محاضر جلسات ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ٤ فبراير سنة ١٩٣٨ و ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ص ٣٩٥– ص ٤٠٤ فى الهامش–وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ص٤٩٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٥ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٨٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٥ – إسماعيل غانم ص ٨٦ – ص ٨٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ – حسن كيرة ص ١٨ – أنظر عكس ذلك وأن الشفيع يأخذ بالشفعة فى البيع الأول إذا كان البيع الثانى لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة ولكن بشروط البيع الثانى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٦ .

وقد يكون التصرف الذى صدر من المشترى الأول ، كبيعه العقار لأحد أقاربه أو هبته للعقار ، تصرفا صوريا قصد به التحايل لمنع الشفعة . فيجوز للشفيع حينئذ أن يثبت بجميع الطرق (١) صورية التصرف (٢) ، وعند ذلك يكون هذا التصرف غير موجود فلا ينسخ البيع الذى صدر من المالك للمشترى الأول ، ويستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة فى هذا البيع الأول بشروطه وفى مواعيده (٣) . أما إذا كان التصرف الصادر من المشترى الأول بيعا جديا وتجوز فيه الشفعة ، فلا يؤخذ بالشفعة إلا فيه كما قدمنا . ويجب على الشفيع فى هذه الحالة أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشترى الأول والمشترى

---

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣م ٣٥ ص ٢١٢ – ويجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى المشترى الثانى لإثبات صورية البيع الثانى (استئناف مختلط ١٥ نوفبر سنة ١٩٠٦ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضى بأن كون المشترى الثانى أما أو أختا أو أخا لمن باع لا يكفى وحده لاعتبار العقد صوريا ، ولا كون البيع الثانى قد تم بثمن أعلى بكثير من الثمن فى البيع الأول (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢) . ومن القرائن على الصورية أن يتم البيع الأول والبيع الثانى فى يوم واحد (إسماعيل غانم ص ٨٧) .

(٢) وهذا ما تردد القول به غير مرة فى مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى . فقيل مثلا « إن السبيل ممهد فى هذه الحالة لإثبات صورية البيع الثانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ فى الهامش) . وقيل أيضا بوجوب « أن يطرح جانبا الفرض الذى يكون فيه البيع الثانى بيعا صوريا ، إذ أن فى الوسع إثبات الصورية أمام القاضى ، كما أن الغش لا يكسب حقا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٧ فى الهامش) . وقيل كذلك « يتعين فى حالة البيع الحاصل لأحد الأشخاص الذين نصت عليهم المادة . . منع استعمال حق الشفعة . . على أن يظل الشفيع الذى أصابه ضرر فى حل دائما من أن يتمسك بمبدأ أن الغش يفسد كل شئ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٢ فى الهامش) . واقترح أخيراً إقرار النص الآتى : « إذا لم يسجل إعلان الرغبة فى الشفعة الحاصل فى الميعاد إلا بعد تسجيل (؟) البيع الثانى ، وجب على الشفيع أن يستعمل حقه تبعا للشروط التى تم بها البيع الثانى . ويجوز للشفيع ، فى حالة الغش ، أن يستعمل حقه طبقا لشروط البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ فى الهامش) .

(٣) استئناف وطنى ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ – المنصورة الكلية أول فبراير سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ – استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٣ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠ – ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٢ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٥ ص ٤٨٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ ص ٤٧٦ – حسن كيرة ص ١٨ .

الثانى ، دون البائع للمشترى الأول ، لأن الشفعة إنما تطلب فى البيع الثانى المبرم ما بين المشترى الأول والمشترى الثانى لا فى البيع الأول المبرم مابين البائع والمشترى الأول[١] . والأخذ بالشفعة فى البيع الثانى يكون ، كما قدمنا ، فى مواعيد هذا البيع وبشروطه ، ولا يعتد بشروط البيع الأول[٢] . فإذا كان الثمن فى البيع الثانى أعلى من الثمن فى البيع الأول ، كان على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة هذا الثمن الأعلى[٣] ، وكذلك إذا كان ثمن البيع الثانى هو الأدنى كان الثمن الأدنى هو الواجب إيداعه [٤] .

ولا عبرة بتسجيل البيع فى كل ذلك كما قدمنا ، فقد يكون البيع الأول

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى ... الثانى اختصام المشترى الثانى والبائع له فى دعوى الشفعة ، أما اختصام البائع الأصلى فلا يكون لازما (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ – وانظر أيضا نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧١ ص ١٠٩٠) . وانظر استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٢١ ص ٣٣ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ – استئناف أسيوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ – استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨ – أول مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٢٤٥ – ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ – ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٢ ص ٥٠٠ – ٥٠١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٩١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ .

(٢) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٢٧٩ – ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٣) وقد أكد أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقى « ضرورة حماية المشترى ، إذ لا يتصور أن يحرم هذا المشترى من حقه فى بيع العقار الذى اشتراه بالثمن الذى يراه مناسبا ، والذى له مطلق الحرية فى تحديده كما يشاء حتى يسجل طلب الشفعة . وأضاف أن هذا الثمن هو الذى يجب على الشفيع أداؤه ، وإن زاد عن الثمن المتفق عليه فى البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠١ فى الهامش) .

(٤) ولا يكون المشترى الأول ملزما بالضمان إذا نزع العقار من المشترى الثانى بسبب الشفعة (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٧٦ — محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٦) . كذلك لا يكون المشترى الأول مسئولا نحو الشفيع إذا هو باع العقار الذى اشتراه ، دون أن يقصد بهذا البيع الإضرار بالشفيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٣) .

غير مسجل وكذلك البيع الثانى ، ومع ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الثانى بالرغم من أنه غير مسجل [١].

§ ٢ – البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة

١٧٣ – نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ مدنى على ما يأتى :

« لا يجوز الأخذ بالشفعة : (١) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية . (حـ) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » [٢] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ ، ولذا يجب توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى ولو لم يكن عقده مسجلا ، متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣) – وانظر استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ – ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٧ / ١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى عن طريق الإدارة أو القضاء . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين : أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة . (جـ) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت عبارة « من طريق الإدارة أو القضاء » فى البند (أ) بعبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٩ كما عدلته لجنته . وفى لجنة مجلس الشيوخ لوحظ أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » الواردة فى البند (أ) لا تفيد معنى البيع بالمزاد العلنى الجبرى ، لأن البيع قد يحصل بالمزاد العلنى وفق لإجراءات رسمها له قانون المرافعات ، فأجيب بأن المقصود بهذه العبارة كفالة علانية البيع ، فوافقت اللجنة على العبارة ملاحظة أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » يدخل فيها كل بيع بمزاد علنى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء فى ذلك البيع الإدارى أو القضائى . وأضيفت إلى البند (ب) عبارة « أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » نظراً لأن صلتهم لا تقل فى غالب الأحيان عن صلة الأقارب ، وقد روعى الوقوف عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق . وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص ، وهى استبعاد الأجنبى على اعتبار أن الصفقة عائلية . واقترح فى خصوص البند (جـ) التسوية فى الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشترى من أن يخصص العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح ، ووافقت على النص دون هذا التعديل تحت رقم ٩٣٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ – ص ٤٠٩) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادتين ٣ و ٦ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل ، وفى التقنين المدنى الليبى م ١/٤٩٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ ، وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٢٤٤ وم ٢٥٤ (٢) .

---

(١) قانون الشفعة السابق م ٣ : لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء . وكذلك لا شفعة فيما بيع بين الأصول وفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

م ٦ : لا شفعة فيما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به .

(والتقنين المدنى الجديد يختلف عن قانون الشفعة السابق فيما يأتى : (١) لم يقصر بيع المزاد العلنى على المزاد الجبرى وقسمة التصفية كما فعل قانون الشفعة ، بل عمم النص فجعله يشمل كل مزاد علنى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون فيدخل المزاد العلنى الاختيارى . (٢) وسع حلقة الصلة العائلية التى لا يؤخذ فيها بالشفعة وذلك تضيقا لاستعمال هذا الحق ، فد القرابة إلى الدرجة الرابعة بدلا من الدرجة الثالثة التى وقف عندها قانون الشفعة ، وأضاف المصاهرة لغاية الدرجة الثانية) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١/٩٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ : لا تسمع دعوى الشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة . (ب) إذا وقع البيع بين الزوجين ، أو بين الأصول والفروع ، أو بين الحواشى لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه . (د) . . (هـ) . . (و) . . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أمرين : (١) لا يمنع التقنين العراقى الشفعة فى المزاد العلنى الاختيارى ، ويمنعها التقنين المصرى . (٢) لا يجعل التقنين العراقى المصاهرة مانعة من الأخذ بالشفعة ، ويجعلها التقنين المصرى مانعة لغاية الدرجة الثانية) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٤ / ٢ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا تسمع دعوى الشفعة فى المقايضة العقارية ، وفى البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الأخوة والأخوات . م ٢٤٥ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا شفعة لمرتفق ، ولا فى البيع الحاصل بالمزاد العلنى عن طريق الإدارة أو القضاء . (والقانون اللبنانى يختلف عن القانون المصرى فى أمور ثلاثة : (١) لا يمنع القانون اللبنانى الشفعة فى المزاد العلنى الاختيارى ، ويمنعها التقنين المصرى . (٢) لا يتوسع القانون اللبنانى فى القرابة المانعة من الشفعة فيقصرها فيما يتعلق بالحواشى على الإخوة والأخوات ويمدها التقنين المصرى إلى الدرجة الرابعة ، ولا يجعل القانون اللبنانى المصاهرة مانعة من الشفعة ويجعلها التقنين المصرى مانعة لغاية الدرجة الثانية . (٣) لا يمنع القانون اللبنانى الشفعة فيما بيع ليخصص محلا للعبادة أو ليلحق به ، ويمنعها التقنين المصرى فى ذلك) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذى يؤخذ بها فيه . وموانع الشفعة غير مسقطاتها ، فالمانع يلغى الشفعة ابتداء ، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم . فاذا باع زوج لزوجه عقارا ، قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة ، فلا تقوم الشفعة منذ البداية . وإذا نزل الشفيع عن الشفعة ، أو لم يأخذ بها فى مواعيدها المقررة ، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها ، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها ، فان الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء . وهذه الضوابط تغنينا عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها ، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء فى بيع عقار فهناك مانع ، وحيث تضيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط .

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، كما هى ظاهرة من النص سالف الذكر ، ترجع إلى اعتبارات مختلفة. منها ما يرجع إلى الطريقة التى تم بها البيع ، ويتحقق هذا فى البيع الذى حصل بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون . ومنها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع والمشترى ، فقد تكون علاقة عائلية لا تسمح بأن يقتحمها أجنبى ويأخذ العقار المبيع بالشفعة ، ويتحقق هذا فى البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة. ومنها ما يرجع إلى الغرض الدينى الذى أعد له العقار المبيع ، ويتحقق هذا فى العقار المبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به .

وليس ماورد فى النص سالف الذكر هى كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، فهناك موانع أخرى متناثرة فى تشريعات مختلفة [1] . من ذلك ما نصت عليه

---

(١) هذا إلى قيام اعتبارات أخرى فى بعض البيوع تتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية تستوجب حماية صغار المزارعين . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم، إذ قضى برفض دعوى الشفعة ، أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المطعون عليها الأول إلى المطعون عليه الثانى ليس بيعا تجوز فيه الشفعة ، وإنما هو تصرف ذو طابع خاص ، روعى فيه إيثار المتصرف إليه بالأولوية فى شراء الأطيان المبيعة موضوع طلب الشفعة ، لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه باصلاح الأرض المتصرف لهفيها ، ومنها مايتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمى إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضى البور ، فضلا عن أن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيمة العين المبيعة وقت البيع ، فان هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون . ذلك بأن القضاء بالشفعة

المادة ٩ من قانون الإصلاح الزراعى من أن « توزع الأرض المستولى عليها فى كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لجودة الأرض » . ثم تضيف الفقرة الأخيرة من المادة نفسها : « لا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة » . والحكمة فى منع الشفعة هنا واضحة ، فهذه أراض مقسمة إلى قطع صغيرة ، تبيعها الحكومة لصغار الفلاحين بأثمان زهيدة مقسطة أقساطا طويلة الأجل وبشروط معينة ، بغية رفع المستوى الاقتصادى لمعيشة صغار الفلاحين ، فلو أجيزت الشفعة فى مثل هذا البيع لضاع الغرض الأساسى الذى يهدف الإصلاح الزراعى إلى تحقيقه ، ولنزعت هذه الأراضى بالشفعة من أيدى طائفة من الفلاحين قصد القانون حمايتها . وكذلك قضت المادة الرابعة من قانون الإصلاح الزراعى بوضع حدود لتصرف المالك فى الأرض التى يملكها وتكون زائدة على الحد الأقصى الجائز تملكه ، فيجوز للمالك التصرف فى هذا المقدار الزائد لأولاده فيما لا يزيد على مائة فدان ، ولصغار الفلاحين فيما لا يزيد على خمسة أفدنة لكل مشتر ، ولخريجى المعاهد الزراعية فيما لا يزيد على عشرين فدانا لكل منهم . ثم تقضى المادة ٤ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى بأنه لا يجوز أن تؤخذ بالشفعة الأرض المتصرف فيها على الوجه المبين فى المادة ٤ سالفة الذكر . وحكمة منع الشفعة هنا أيضا واضحة ، فقد قصد القانون أن يكون التصرف لفئات معينة ، منها الأولاد والشفعة ممنوعة فى شأنهم من الأصل ، ومنها صغار الفلاحين ، ومنها خريجو المعاهد الزراعية ، وذلك كله بأقدار معينة . فإباحة الشفعة ، وانتزاع الأرض من أيدى هذه الفئات ، يضيع على المشروع غرضه. ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها من أن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتى تتصرف فيها طبقا لأحكام هذا القانون لا يجوز أخذها بالشفعة . والحكمة فى منع الشفعة هنا هى نفس الحكمة التى قدمناها فى التشريعات السابقة ، إذ التصرف فى هذه العقارات إنما يكون

فى هذه الحالة يتنافى مع طبيعة العقد ، وفيه تفويت للأغراض المقصودة منه (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠) .

لفئات معينة من صغار الملاك روعيت فيهم شروط واعتبارات خاصة ، فيضيع على المشرع غرضه لو أبحنا أخذ هذه العقارات بالشفعة(١) .

ونستعرض الآن الموانع الثلاثة من الشفعة المذكورة فى المادة ١/٩٣٩ مدنى سالفة الذكر .

١٧٤ – البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون : رأينا أن المادة ١/٩٣٩ مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا حصل البيع بالمزاد العلنى ، وفقاً لإجراءات رسمها القانون » . فيشترط إذن لمنع الشفعة أمران : (١) أن يكون البيع بالمزاد العلنى . (٢) وأن يجرى وفقاً لإجراءات رسمها القانون . ويتوافر هذان الشرطان فى البيوع الآتية :

١ – بيع بالمزاد العلنى الجبرى أمام القضاء ، بناء على طلب الدائنين لنزع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه . فهذا دون شك بيع بالمزاد العلنى ، ويجرى وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٢ – بيع بالمزاد العلنى أمام القضاء لعقار شائع لا تمكن قسمته عيناً دون ضرر ، وهذا ما يسمى بقسمة التصفية (licitation) . وقد نصت المادة ٧١٨ مرافعات فى هذا الصدد على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء » . وهذا أيضاً بيع بالمزاد العلنى ، يجرى وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (أنظر المواد ٧١٨ – ٧٢٠ و٧٢٣ مرافعات) ، فلا تجوز فيه الشفعة .

---

(١) يضاف إلى ذلك أيضاً أن الشفعة لا تجوز فى بيع يكون من شأنه أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضى الزراعية على الحد الأقصى الذى يسمح به قانون الإصلاح الزراعى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة فى هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعى التى تقضى ببطلان كل عقد ترتبت عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد على مائتى فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام . ولا محل للاستناد إلى القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذى أجاز للأفراد أن يتملكوا أكثر من مائتى فدان عن طريق الميراث

٣ – بيع الدولة لأملاكها الخاصة بالمزاد العلنى وفقا للإجراءات المقررة فى التشريعات الخاصة بذلك . فهذا بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة . يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . فلا تجوز فيه الشفعة [١] .

٤ – الحجز الإدارى وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها وفقا لإجراءات قررتها تشريعات الضرائب [٢] ، فهذا أيضا بيع بالمزاد العلنى ، أمام جهة الإدارة . يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٥ – بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمزاد العلنى ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧١٢ مرافعات فى هذا الصدد على أن « بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب ، بطريق المزايدة ، يجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين

= أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود ، وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد على المائتى فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدين بالقيود التى نص عليها قانون الإصلاح الزراعى فى خصوص من يملكون أكثر من مائتى فدان وقت صدوره . وذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببا مستقلا لكسب الملكية ، إلا أنه يأخذ حكم العقد ، إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع ، لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفيع ، وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان ، وإن فى إباحة تملك ما يزيد على مائتى فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . أما الوصية والميراث وما جرى مجراها من أسباب كسب الملكية ، فإن الأمر فيهما يتم بغير سعى من جانب من آلت إليه الملكية (نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٩٨) .

(١) ويستثنى من ذلك بيع مصلحة الأملاك لعقاراتها بالمزاد بشرط مصادقة وزير المالية، فتجوز الشفعة فى هذا البيع (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . وعلى العكس من ذلك لا تجوز الشفعة فى بيع مصلحة الأملاك لأرض بطريق الممارسة بثمن روعى فى تقديره اعتبارات خاصة . متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين ، ويعتبر البيع فى هذه الحالة متراوحا بين البيع والهبة والصلح ، لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشترى من ناحية ، وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى ، وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٣٠ – وانظر نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠ آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش) .

(٢) أنظر فيما يختص بالحجز الإدارى القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ .

أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب » . ويجرى البيع وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات فى المواد ٧١٣ – ٧١٧ منه . فهنا أيضا بيع بالمزاد العلنى أمام جهة القضاء ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٦ – بيع العقار المثقل بتكاليف عينية بيعا اختياريا بالمزاد العلنى ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧٢٢ مرافعات فى هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يملك عقارا مقررا عليه حقوق امتياز أو اختصاص أو رهون رسمية أو حيازية ، لم يحصل تسجيل تنبيه بنزع ملكيته ، أن يبيعه أمام القضاء ، بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة » . ويجرى البيع وفقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع . فهنا البيع بيع اختيارى بالمزاد العلنى ، يجرى أمام القضاء وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة(١) .

---

(١) أنظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى محضر جلسة ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٧ ، حيث لاحظ أحد الأعضاء « أن المادة ٧١٠ من قانون المرافعات المختلط (وهى المقابلة للمادة ٧٢٢ مرافعات جديد) الواردة فى باب الحجز العقارى تعرض لحالة بيع العقار المثقل بحقوق لصالح دائنين ، وأن هذه المادة وإن كانت تخول المالك حق طلب بيع عقاره عن طريق القضاء ، إلا أنه يجب أن يكون المقصود من هذا البيع هو تخليص العين من حقوق مقررة عليها لصالح أجنبى ، حتى يتسنى للمالك أن يطلب هو نفسه بيع عقاره ليحصل على أقصى ثمن تبقى له منه بقية بعد سداد ديونه . فمثل هذه الحالة تدخل فى نطاق المزاد العلنى ، ولما كان البيع يحصل عن طريق القضاء وبطريقة علنية ، فالرأى عدم جواز استعمال حق الشفعة فى مثل هذا البيع » . وقال عضو آخر : « إن تقصى الأسباب التى حدت بالشارع إلى وضع هذا النص (القاضى بمنع الشفعة فى البيع بالمزاد العلنى) يهدينا إلى أنه رمى إلى تحقيق مصلحة اقتصادية تهدف إلى بيع العين المبيعة بأعلى ثمن ممكن ، فعلانية البيع وإجراءات المزايدة كفيلة فى نظره بتمكين كل راغب فى الأخذ بالشفعة من التدخل فى المزاد لشراء العين » . وعقب عضو ثالث بأنه « لا محل لتقرير الشفعة فى مثل هذه الحالة ، ما دام أن البيع علنى ومباح للجميع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ فى الهامش) – وانظر أيضا محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٧ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٥٩ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وغنى عن البيان أن البيع بالمزاد العلنى الذى يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريا ، فإن حكمة المنع متوافرة فى الفرضين ، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل فى المزاد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٧) – وانظر أيضا ما دار من المناقشات فى لجنة مجلس الشيوخ فى خصوص منع الشفعة حتى فى البيع الاختيارى وفى « كل بيع بالمزاد العلنى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون سواء فى ذلك البيع الإدارى أو القضائى » آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش .

فهذه جميعا بيوع عقارية بالمزاد العلنى ، تقع أمام القضاء أو أمام جهة الإدارة ، وتكون جبرية أو اختيارية ، لاستيفاء ديون أو لتصفية عقار شائع أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية ، وتجرى كلها وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء كان هذا القانون هو تقنين المرافعات أو أى تشريع آخر . والمهم فى كل ذلك أن يكون هناك ، كما قدمنا ، بيع بالمزاد العلنى يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون(١) .

ومن ثم يخرج من هذا النطاق ، فتجوز فيه الشفعة ، الحالتان الآتيتان (٢) :

---

(١) ولم يكن قانون الشفعة السابق بهذا الوضوح ، فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٣ منه تجرى على الوجه الآتى : «لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا ، أولنزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أوالقضاء» . وقد اختلفت المحاكم ، فى عهد هذا القانون ، فى تفسير هذا النص . فبعض ذهب إلى وجوب الرجوع إلى الأصل الفرنسى لهذا النص ، ومنه يتبين أن هناك حالتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى : حالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام جهة الإدارة كما إذا باعت إحدى الجهات الإدارية عقاراً مملوكا لها ملكية خاصة بالمزاد العلنى فلا شفعة فى هذا البيع ، وحالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام القضاء لنزع الملكية جبراً بواسطة الدائنين أولعدم إمكان قسمة العقار بين الشركاء فلا شفعة أيضا فى هذا البيع (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ – أسيوط الكلية استئنافى ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ – استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢ – ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٣) . وذهب بعض المحاكم الأخرى إلى وجوب التزام النص العربى ، وأنه يمكن أن يقع بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة لنزع الملكية قهراً ، إذ أن الجهات الإدارية تنزع ملكية العقارات لاستيفاء الضرائب كما تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية (مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩) . أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٣٩ – إسماعيل غانم ص ٨٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٣٣٤– ص ٣٣٥ .

(٢) وكانت هناك حالة قبل إلغاء المجالس الحسبية ، وهى حالة بيع عقار القاصر أوالمحجور عليه الذى كان يقع أمام هذه المجالس . وقد قضت محكمة النقض بأن البيوع التى ترخص المجالس الحسبية للأوصياء أوالقوام فى إجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع فيها ، لأن الشارع لايعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أوالإدارية المختصة وفقا لقواعد وإجراءات معينة قانونا تضمن العلانية والطمأنينة لحماية ذوى الحقوق ، ثم توقعها حتما لمن يرسو عليه المزاد (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٢ ص ١٠٧١ – وانظر أيضا نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ – استئناف أسيوط ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٣٠ ص ٣١٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٤ – ص ٣٥٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٨) .

١ – بيع المالك لعقاره بيعا حرا بالمزاد العلنى ، دون أن يتقيد فى ذلك بالإجراءات والشروط التى قررها تقنين المرافعات للبيوع الاختيارية التى تجرى بالمزاد العلنى (انظر م ٧٢٢ مرافعات) . فقد يعمد المالك إلى بيع عقاره ، ولو لم يكن مثقلا بتكاليف عينية ، بالمزاد العلنى . ويجرى فى ذلك وفقا لإجراءات يضعها هو [١] ولا يتقيد فيها بالقانون ، قاصدا بذلك أن يحصل على أعلى ثمن ممكن لعقاره . فهذا البيع ، وإن كان بالمزاد العلنى ، لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون . فلا تحوطه ضمانات كافية ، ويستطيع المالك أن يجرى البيع ، كما يشاء وبالطريقة التى تروقه ، بل يستطيع ألا يرسى المزاد على أعلى مزايد إذا اشترط ذلك مقدما . ومن ثم تجوز الشفعة فى هذا البيع ، لأنه لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون [٢] .

٢ – بيع المالك عقاره بالمظاريف ، فتقدم العطاءات فى مظاريف مقفلة ، ولا يعلم أحد من المتقدمين للشراء بالعطاءات التى قدمها الآخرون . فهذا البيع لا تتوافر فيه العلانية ، ولا يزايد أحد على آخر فيا ، بل الكل يتقدمون بعطاءات سرية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين ، فلا يمكن اعتباره بيعا بالمزاد العلنى . وحتى لو رسم له القانون إجراءات معينة ، وأجرى البيع وفقا لهذه الإجراءات ، فإنه يكون بيعا جرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، ولكنه لا يكون بيعا بالمزاد العلنى ، ومن ثم تجوز فيه الشفعة [٣] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه تجوز الشفعة فى البيع الذى أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد ، لأن هذا المزاد لم يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة ٩٣٩ مدنى ، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقته على الثمن الراسى به المزاد ، وعلى حقه فى إلغاء البيع بدون إبداء أسباب . وهذه شروط تنطق بأن مثل هذا البيع ، ولو أنه يتم بالمزاد ، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانونا بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد » (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٦ ص ٥٤٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيع بالمزايدة ، ومقصود الشارع من النص هو البيع بالمزاد طبقا لإجراءات وقواعد معينة قانونا تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر من جهة –

فلا بد إذن ، لامتناع الأخذ بالشفعة ، أن يكون البيع بالمزاد العلني ، وأن يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . والحكمة في امتناع الأخذ بالشفعة في البيع على الوجه المتقدم تتمثل في أمور ثلاثة : (١) لما كان هذا البيع يجرى بالمزاد العلني وفقا لإجراءات تكفل له الضمانات الكافية والعلانية التامة ، فمن اليسير على الشفيع أن يعلم بأمره . وما عليه إذا أراد أخذ العقار إلا أن يدخل في المزاد ، فيحصل عليه من طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة ، التي هي حق استثنائي يعطى بقدر الضرورة . (٢) لو أجيز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لامتنع كثير من الدخول في المزاد خشية الأخذ بالشفعة ، فمنع الشفعة إذن يوفر لهذا البيع دخول أكبر عدد ممكن من المزايدين ، والحصول على أعلى ثمن ممكن . (٣) الجاء الشفيع ، إذا أراد أخذ العقار ، إلى الدخول في المزاد

— أخرى ، بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة في المبيع أن يشترك في المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد . ولما كان بيع أراضي الحكومة الحرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة الزيادة ، ثم لما كان وقوع البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ للحكومة من الحق المطلق في قبول أو رفض أي عطاء ، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع في كل حال ، فالبيع بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزايدة ، فتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠). وانظر أيضا في هذا المعنى أسيوط استئنافي ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ — مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع بالمزاد أمام جهة الإدارة الذى لا تجوز فيه الشفعة هو البيع الذى يحصل وفقا للإجراءات المنصوص عليها في دكريتو ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكريتو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق الملكية نزع الملكية قهراً إلى الحصول على الأموال المتأخرة ، وليس بيع العقارات الخاصة المملوكة للدولة الذى يقع بطريق المظاريف بناء على إعلان للجمهور ووفقا لشروط المنشور الوزاري المؤرخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ فإن هذا البيع ، وإن جرى أمام جهة الإدارة ، ليس إلا بيعا اختياريا ولا يصير تاما إلا إذا وافقت عليه الحكومة (استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٨٠) . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٢ — ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ .

وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في هذا الخصوص في محضر جلسة ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٣ — محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ — عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ — إسماعيل غانم ص ٨٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٣٣٤ — ص ٣٣٥ — حسن كيرة ص ١٤ .

من شأنه أن يصل بالثمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم به المزايدون ، إذ لا بد للشفيع من أن يزيد على هذا العطاء الأعلى حتى يرسو عليه المزاد (١).

١٧٥ – البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة :

رأينا(٢) أن المادة ٩٣٩ (ب) مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ». ومنع القانون الشفعة هنا لاعتبار فى المشترى ، فإذا باع المالك عقاره لمشتر تصله به صلة وثيقة من الزوجية أو القرابة أو المصاهرة ، فإن هذا البيع لا بد أن يكون قد لوحظت فيه شخصية المشترى ويغلب أن المالك ما كان يبيع عقاره لسواه . لذلك لا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة وينتزعه من يد المشترى . وقد عدد القانون على سبيل الحصر فئات معينة يمتنع الأخذ منها بالشفعة ، وهذه هى :

١ – بيع الزوج لزوجته ، أو بيع الزوجة لزوجها ، فى هذا البيع أو ذاك لا يجوز الأخذ بالشفعة (٣) .

٢ – بيع المالك لفروعه مهما نزلوا ، أو لأصوله مهما علوا ، فلا تقيد القرابة هنا بدرجة معينة . فإذا باع الأب (أو الأم) عقاره لابنه أو لبنته أو لابن ابنه أو لبنت ابنه أو لابن بنته أو لبنت بنته ، مهما نزل الفرع ، فإن الشفعة لا تجوز . كذلك إذا باع الابن (أو البنت) عقاره لأبيه أو لأمه أو لأبى أبيه أو لأم أبيه أو لأبى أمه أو لأم أمه ، مهما علا الأصل ، فإن الشفعة ايضا لا تجوز .

٣ – بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشى لغاية الدرجة الرابعة ، وقد كان قانون الشفعة السابق (م ٣) يقتصر فى المنع على الدرجة الثالثة ، فمد التقنين المدنى الجديد المنع إلى الدرجة الرابعة تضييقا للأخذ بالشفعة (٤) .

---

(١) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ .

(٣) أما بيع المالك لمطلقته أو المطلقة لزوجها السابق ، أو بيع الخطيب لخطيبته أو الخطيبة لخطيبها ، فتجوز فيه الشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢) .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش .

وحساب درجة الحواشي نصت عليه المادة ٣٦ مدنى إذ تقول : « . . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة » (١) . ومعنى ذلك أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه فى الدرجة الثانية ، إذ أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب ، فيحسب الأخ درجة ، ومنه نصعد إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم ننزل من الأب إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضا درجة . فهاتان درجتان . ويكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته ، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها ، بيعا لا تجوز فيه الشفعة . ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه فى الدرجة الثالثة ، إذ أن الأصل المشترك هو الجد ، فيحسب العم درجة ، ومنه نصعد إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم ننزل من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين ، للأخ درجة ولابنه درجة ثانية ، فيكون مجموع الدرجات ثلاثا . وقل مثل ذلك عن العمة والخال والخالة ، ويكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الخال أو الخالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك لا تجوز الشفعة فى البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لخاله وهكذا ، لأن البيع واقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة . ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه فى الدرجة الرابعة ، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد ، فنصعد من ابن العم إلى الجد بدرجتين ، ولا نحسب الجد ، ثم ننزل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين ،

---

(١) وهذا هو عين ماكان القضاء يأخذ به فى حساب الدرجات قبل صدور التقنين المدنى الجديد (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقد قضى بأن القرابة المانعة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة عن دعوى الشفعة ، وتدخل فى صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراما للمبدأ القائل بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع . والقول بغير هذا الرأى يترتب عليه أنه كلما عرضت مسألة القرابة فى دعوى من الدعاوى التى لايمكن الفصل فيها إلا بثبوتها ، كدعاوى رد الخبراء ورد القضاة ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يقف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو مالايمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادى من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى (المنيا ٧ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) . وانظر استئناف وطنى ١٤ يونيه سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

فيكون مجموع الدرجات أربعا . فيكون البيع الصادر من ابن العم لابن عمه بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك قل عن بنت العم وابن العمة وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة ، كل هؤلاء أقارب من الدرجة الرابعة ، فالبيع الذى يقع بينهم لا تجوز فيه الشفعة (١) . ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الخامسة ، فتجوز فيه الشفعة .

٤ — بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية . وقد كان قانون الشفعة السابق لا يمنع الشفعة فى البيع الواقع بين الأصهار أصلا (٢) . ومنعها التقنين المدنى الجديد بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية كما قدمنا ، « نظرا لأن صلتهم لا تقل فى غالب الأحيان عن صلة الأقارب » وقد روئى الوقوف عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق ، وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص وهى استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » ، كما قيل فى لجنة مجلس الشيوخ وهى التى استحدثت هذا النص (٣) . ولحساب درجة المصاهرة يرجع إلى المادة ٣٧ مدنى ، وهى تنص على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . فالزوج يعتبر فى الدرجة الأولى ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة لأبى زوجته أو لابن زوجته من زوج آخر ، لأن كلا من أبى الزوجة وابنها يعتبر بالنسبة إليها فى الدرجة الأولى ، فكذلك يعتبر كل منهما فى الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج . وعلى ذلك يكون البيع الصادر من الزوج لأبى زوجته أو أبى الزوجة للزوج ، وكذلك البيع الصادر من الزوجة لأبى زوجها أو الصادر من أبى الزوج للزوجة ، كل

---

(١) وقد قضى بأنه إذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص ، وكان من بينهم شخص قريب للبائع لغاية الدرجة الرابعة ، فامتنعت الشفعة بالنسبة إليه ، امتنعت الشفعة أيضا بالنسبة إلى باقى المشترين حتى لا تتجزأ الصفقة (سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، تطبيقا لذلك ، بجواز الشفعة فى حالة البيع من الأب لزوجة ابنه أو من الأم لزوج بنتها (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش .

هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى ، فلا تجوز فيه الشفعة . وأخو الزوجة يعتبر فى الدرجة الثانية ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة إلى الزوج ، لأن أخا الزوجة يعتبر بالنسبة إليها فى الدرجة الثانية فكذلك يعتبر فى نفس الدرجة بالنسبة إلى الزوج . فالبيع الصادر من الزوج لأخى زوجته ، أو الصادر من أخى الزوجة للزوج ، يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية ، فلا تجوز فيه الشفعة . أما البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة مثلا ، وعم الزوجة يعتبر فى الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج ، فإنه بيع تجوز فيه الشفعة لأن درجة المصاهرة هنا جاوزت الدرجة الثانية .

والحكمة فى منع الشفعة فى الأحوال المتقدم ذكرها هى ، كما قدمنا ، أن المشترى روعيت فيه اعتبارات خاصة [illegible] يجوز للشفيع أن ينتزع العقار المبيع من تحت يده ، أو كما [illegible] مجلس الشيوخ « هى استبعاد الأجنبى على اعتبار أن الصفقة عائلية » (١) . ولكن لا يفهم من ذلك أن الشفيع ، فى البيوع المتقدم ذكرها ، يأخذ بالشفعة لو كان هو أيضا أحد أقارب البائع . فإن هذه البيوع يمنع فيها الأخذ بالشفعة أصلا للاعتبارات الخاصة بشخص المشترى ، حتى لو كان الشفيع فى نفس درجة قرابة المشترى(٢) ، بل وحتى لو كان أقرب منه إلى البائع . فلو صدر البيع من ابن العم لابن عمه لم يجز الأخذ بالشفعة فى هذا البيع ، لأنه بيع بين أقارب من الدرجة الرابعة كما قدمنا . ويستوى فى ذلك أن يكون الشفيع أجنبيا ، أو يكون ابن عم آخر للبائع أى فى درجة المشترى ، أو يكون أقرب إلى البائع من المشترى كأن يكون زوجا أو ابنا أو بنتا أو أبا أو أما أو أخا أو أختا . ومهما دنت قرابة الشفيع من المالك ، فإن البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أصلا(٣) ، ولذلك

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش – ويغلب أيضا أن يكون بيع المالك لزوجه أو لأحد من أقاربه أو أصهاره من الدرجة المتقدم ذكرها هبة مستترة فى صورة بيع آثر بها المالك زوجه أو قريبه أو صهره ، أو فى القليل بيعا حوبى فيه المشترى فدفع ثمنا أقل بكثير من قيمة العقار المبيع (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بعدم جواز الأخذ بالشفعة فى الحالة التى يكون فيها المشترى والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، لأن هذا النوع من البيع وإن لم يكن فى الحقيقة هبة ، ففيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره (استئناف وطنى ٨ أبريل سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢) .

(٣) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٠ ص ٥٥١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢ .

لا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشترى كما تقع المفاضلة فيما بين الشفعاء المتعددين فيما سنرى .

١٧٦ ـ العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :

رأينا (١) أن المادة ٩٣٩ (جـ) مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » . فمنع القانون الشفعة هنا لاعتبار دينى قدمه على مصلحة الشفيع ، وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى قانون الشفعة السابق (م ٦) .

فاذا باع المالك أرضه لمشتر بقصد أن يخصص المشترى الأرض لبناء مسجد فوقها ، أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيع المسجد أو لتكون دورة للمياه مثلا أو لتكون مقصورة تخصص للنساء إذا اتبن المسجد للصلاة أو نحو ذلك ، فهنا يكون العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، فلا تجوز الشفعة فى هذا البيع ، حتى لا يضيع على المشترى غرضه الدينى الذى أراد أن يحققه . وإذا ادعى الشفيع أن الغرض المذكور فى البيع من أن العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به غير مطابق للحقيقة ، وإنما هو قد ذكر تهربا من الشفعة ومنعا للأخذ بها ، فعلى الشفيع أن يطلب الشفعة فى مواعيدها ، وأن يثبت أن سبب البيع المذكور فى العقد لا صحة له ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق .

ولا يقتصر الأمر فى محل العبادة على الدين الإسلامى ، بل هو يتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة . فيتناول المنع من الشفعة كل دور العبادة ، كالمساجد والكنائس والبيع والحاخامات وغيرها من المعابد . ولكنه لا يتناول عقارا بيع لغرض دينى آخر غير العبادة ، كعقار يباع ليجعل دارا لتحفيظ القرآن أو معهدا دينيا أو مقرا لجمعية دينية (٢) .

كذلك لا يتناول المنع عقارا بيع ليكون مدرسة أو مبرة أو ملجأ أو مستشفى أو مصحة أو مؤسسة اجتماعية من أى نوع كان ، ويجوز فى هذا البيع الأخذ بالشفعة . وقد تقدم فى هذا الصدد اقتراح من أحد أعضاء لجنة

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٤ .

مجلس الشيوخ للجنة يرمى إلى « التسوية فى الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية ، حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشترى من أن يخصص العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح »(١) .

المطلب الثانى

وجود شفيع

١٧٧ – مسألتاه : وقد قدمنا(٢) أن شروط الأخذ بالشفعة تتلخص فى أمرين : بيع عقار ووجود شفيع . وقد بحثنا بيع العقار ، وننتقل الآن إلى وجود الشفيع .

وهناك مسألتان نبحثهما فى صدد وجود الشفيع : (١) من هم الشفعاء . (٢) تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

§ ١ – من هم الشفعاء

١٧٨ – صفة الشفيع وشروطه : وفى تحديد من هم الشفعاء نبين : (ا) من تثبت له صفة الشفيع . (ب) الشروط الواجب توافرها فى الشفيع .

(ا) من تثبت له صفة الشفيع

١٧٩ – نص قانونى : تنص المادة ٩٣٦ مدنى على ما يأتى :

« يثبت الحق فى الشفعة » :

(ا) « لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » .

(ب) « للشريك فى الشيوع ، إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى » .

(حـ) « لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها » .

(د) « لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٦٥ .

(هـ) « للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يثبت الحق فى الشفعة : (أ) لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته ، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه . (ب) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أو بعضها . (جـ) للشريك فى الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار لأجنبى . (د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة . (هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار فى أحوالها الثلاث « أخذا بما يراه بعض الفقهاء الشرعيين من أن الجوار ليس سببا من أسباب الأخذ بالشفعة » ، وذكر فى المحضر عدم انطباق الفقرة (د) الخاصة بالحكر على الوقف ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٨ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أعيدت شفعة الجار مقيدة ، وذلك باضافة الفقرة (هـ) على الوجه الآتى : (هـ) للجار المالك فى الأراضى الزراعية إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٥ . وفى مجلس النواب احتدمت المناقشة فى شفعة الجار (أنظر ما سبق ذكره فى هذا الصدد آنفا فقرة ١٦٤ فى الهامش) ، وانتهت إلى إضافة شفعة الجار فى جميع أحوالها الثلاث وتعديل النص بحيث أصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، تحت رقم ١٠٠٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أعيدت مناقشة الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار ، فرأى أحد الأعضاء « حذفها أو الأخذ بنص لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الذى قصر الشفعة بالنسبة للجار المالك على الأراضى الزراعية ، وذلك لأن علاقة الجوار قد تقلص ظلها ولم يعد لها أى اعتبار » ، ورأى عضو آخر « حذف الشفعة فى الأراضى الزراعية وإبقاءها فى المبانى » ، ورأى رئيس اللجنة الإبقاء على نص مجلس النواب من غير تعديل ، فوافقت اللجنة بأغلبية الآراء على النص كما عدله مجلس النواب ، وأصبح رقمه ٩٣٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٧ – ص ٣٨٥) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادتين ١ و ٢[١] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٤٠ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٢٩ – ١١٣٠ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٩ [٢] .

---

(١) قانون الشفعة السابق م ١ : يثبت حق الشفعة لمن يأتى : (أولا) للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع . (ثانيا) للجار المالك فى الأحوال الآتية : إذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى – إذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى الثمن نصف من ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

م ٢ : يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .

(ونصوص قانون الشفعة هذه توافق فى مجموعها نصوص التقنين المدنى الجديد ، ويزيد التقنين المدنى الجديد على الشفعاء مالك الرقبة والمحتكر) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤٠ : يثبت الحق فى الشفعة : (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى . (جـ) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها .

(ولا يعطى التقنين الليبى حق الشفعة للجار أصلا) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٩ : تثبت الشفعة : (أولا) للشريك فى العقار الشائع . (ثانيا) للخليط فى حق ارتفاق للعقار المبيع . (ثالثا) للجار الملاصق فى الحالتين الآتيتين : (أ) إذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من البور أو من الأراضى المعدة لبناء الدور . (ب) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار ، أو كان للجار حق ارتفاق على العقار المبيع .

م ١١٣٠ : ١ – يعتبر الشريك فى أرض حائط فى حكم الشريك فى نفس العقار ، ويأتى فى مرتبته بعد الشريك فى الشيوع مباشرة . ٢ – وإذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فيما يأتى : (١) لا يعطى للجار حق الشفعة فى الحالة الثالثة من أحوالها . (٢) يعطى الشفعة للخليط (الشريك) فى حق ارتفاق للعقار المبيع . (٣) يعتبر الشريك فى أرض مقام عليها بناء فى حكم الشريك فى العقار كله) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٩ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨()) : يثبت الحق فى الشفعة : (١) لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته ، سواء تناول –

ويخلص من النص سالف الذكر أن المشرع استهدى باعتبارات ثلاثة لإثبات صفة الشفيع ، منها اعتبار غريب عن الفقه الإسلامى ، واعتبار مختلف فيه فى هذا الفقه . وهذه الاعتبارات هى :

(الاعتبار الأول) هو لم شتات الملكية بعد تفرقها : وهذا الاعتبار هو الغريب عن الفقه الإسلامى ، وكان مع ذلك اعتبارا مسلما به فى قانون الشفعة السابق (م ٢ من هذا القانون) ، وكان اعتبارا أساسيا لاستبقاء الشفعة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى [١] . ويتمثل هذا الاعتبار فى إثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة حتى يلم شتات الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة ، وفى إثبات صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع حتى يلم شتات الملكية

=البيع كل الحق أو بعضه . (٢) للشريك فى الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار الشائع من أجنبى . (٣) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أم بعضها . (٤) لمالك الرقبة فى الحكر أو السطحية أو الإجارتين أو الإجارة الطويلة المبنية المنصوص عليها فى القرار رقم ١٢ ل.ر. الصادر فى ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٢٤ . (٥) للجار الملاحق المالك ، إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره وللعقار المبيع اشتراك فى ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو فى حق الشرب الخاص . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق .

(ويختلف القانون اللبنانى عن التقنين المصرى فيما يأتى : (١) لايعطى للجار حق الشفعة إلا فى حالة حق الارتفاق أو الاشتراك فى حائط أو طريق خاص أو شرب خاص . (٢) يعطى لمالك الرقبة حق الشفعة فى السطحية والإجارتين والإجارة الطويلة والإجارة العينية) .

(١) ذكر أحد أعضاء هذه اللجنة ، فى بداية الأمر ، « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة سواء لمالك الرقبة أو لصاحب حق الانتفاع ، لانعدام المصلحة العملية فى ذلك ، إذ أن حق الانتفاع نظام نادر التطبيق فى مصر » . فعارض أعضاء آخرون هذا الرأى ، ورأوا « الإبقاء على حق الشفعة لصالح كل من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع لجمع الحقين فى شخص واحد» . وقال رئيس اللجنة « إنه لا يؤيد الرأى القائل بإلغاء حق الشفعة ، ذلك الحق الذى يقضى على كثير من المنازعات بجمع عناصر الملكية المجزأة فى شخص واحد » . وبعد المناقشة وافقت اللجنة بالإجماع على استبقاء حق الشفعة لمالك الرقبة ، وبالأغلبية على استبقائه لصاحب حق الانتفاع . ثم تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة إلى المحتكر ، فأجاب الرئيس بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحتكر ، لأن الحكر يفترض وجود وقف ، وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المرخص لهم فى البناء على أرض الغير واقترح منح هؤلاء حق الشفعة فى الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ – ص ٣٦٣ فى الهامش) .

بضم الرقبة إلى حق الانتفاع ، وفى إثبات صفة الشفيع لكل من مالك الرقبة إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة . وهذا ما استحدثه التقنين المدنى الجديد « جمعا لما تفرق من حق الملكية ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب فى بقائه »(١) .

(والاعتبار الثانى) هو إبعاد الأجنبي من أن يقتحم نطاق الشركاء فى الملكية الشائعة والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك ، فثبت للشريك فى الشيوع صفة الشفيع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبي وهذا الاعتبار هو المسلم به اتفاقا ، سواء كان ذلك فى الفقه الإسلامى أو كان فى التشريعات المتعاقبة الخاصة بالشفعة فى التقنين المدنى السابق وفى قانون الشفعة السابق وفى التقنين المدنى الجديد .

(والاعتبار الثالث) هو منع مضايقات الجوار . فثبتت صفة الشفيع للجار المالك فى أحوال ثلاث . وهذا الاعتبار مختلف فيه فى الفقه الإسلامى ، فالحنفية هم الذين يسلمون به ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا تعتبر الجوار سببا للأخذ بالشفعة . وقد كان هذا الاعتبار محلا للمناقشة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى ، فأيده بعض الأعضاء وعارضه بعض آخر (٢) . وجعل المشروع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ – ص ٣٦٤ .

(٢) وقد عارض مقرر اللجنة فى إعطاء حق الشفعة للجار « وذلك رغم الاعتبارات التى استند إليها فى تأييد هذا الحق والتى ترجع فى أصلها إلى تقاليد تاريخية وأخرى دينية فندها تفصيلا فى تقريره ، إذ أن حق الشفعة ينطوى على اعتداء صارخ على حق الملكية الذى من خصائصه الأساسية حرية التصرف » . وعقب أحد الأعضاء بأنه « فيما يتعلق بحق الشفعة بالنسبة إلى الجار ، فانه يرى استبعاده ، إذ أن التقاليد والعادات الاجتماعية التى أوحت فى الماضى باقرار هذا الحق قد طرأ عليها التغيير » . ولكن أحد الأعضاء رأى الإبقاء على حق الشفعة لصالح الجار فى حالة وجود حق ارتفاق على الأقل . وقال رئيس اللجنة مؤيداً لهذا الرأى الأخير إنه « يرى الاعتراف بحق الشفعة للجار فى حالة وجود ارتفاق على الأقل . وقال إنه كثيراً ما يحصل فى الأراضى الزراعية أن توجد لصالح عدة ملاك حقوق ارتفاق للرى من ترعة خاصة ، وإن وجود هذه الارتفاقات المشتركة يثير مشاكل عدة بين هؤلاء الملاك ويؤدى أحياناً إلى اضطرابات ربما تيسر اجتنابها بالتسليم بحق الشفعة لكافة المنتفعين بحق الارتفاق ولو لم يجمع بينهم الجوار . إذ أن التوسع فى حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تقضى به ضرورات عملية » . فعقب أحد الأعضاء –

التمهيدى للتقنين المدنى الجديد الجوار فى أحواله الثلاث سببا للأخذ بالشفعة ، ثم ألغى أصلا فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، وأعادته فى إحدى أحواله الثلاث لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، وأعاده مجلس النواب كاملا فى أحواله الثلاث بعد مناقشات طويلة سبقت الإشارة إليها[1] ، وأقر ذلك مجلس الشيوخ . فأصبح الجوار بجميع أحواله سببا من أسباب الأخذ بالشفعة فى التقنين المدنى الجديد ، كما كان الأمر فى قانون الشفعة السابق[2] .

ولما كانت المادة ٩٣٦ مدنى قد عددت الشفعاء مرتبين ، فنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذى يتفاضلون به عند تزاحمهم كما سنرى .

١٨٠ – مالك الرقبة : تثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الأولى ، « لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » (م ٩٣٦ بند مدنى) .

« على هذا بأنه على الرغم مما يبدو من أهمية السبب الذى أبداه الرئيس للتوسع فى حق الشفعة حتى يشمل الحالة التى نوه عنها ، فانه لا يرى إقرار هذا التوسع إذ لن يتسنى تنظيم حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تنظيماً عملياً » . وأضاف أحد الأعضاء « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة لصالح الجار المالك » . فعقب عضو آخر بأنه « لما كان الاستغلال الزراعى باهظ التكاليف ، فان من المصلحة تقرير حق الشفعة لصالح الجار لتخفيف أعباء هذا الاستغلال » . وانتهت اللجنة ، بأغلبية الآراء ، إلى استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق . وأشار رئيس اللجنة إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ – ص ٣٦٣ فى الهامش) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٤ فى الهامش .

(٢) والحكمة من الشفعة بسبب الجوار منع مضايقات الجوار ، ولكن إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة جاز الأخذ بها ، ولا يعتد بما إذا كانت الحكمة قد توافرت أو لم تتوافر . وقد قضى حكم قديم بغير ذلك ، وبأن الشفعة شرعت لمنع الضرر بسبب الجوار ، فاذا لم يحدث ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان بين أفراد عائلة واحدة والمشترى مجاور لكل منهم من قبل ، فلا شفعة (مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) . ولكن هذا الحكم لم يكن له صدى فى القضاء المصرى ، وعلى العكس من ذلك قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا توافرت فى الشفيع الشرائط المقررة قانوناً لأخذ المبيع بالشفعة ، فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الجوار الذى شرعت الشفعة من أجل رفعه ليس متحققاً (استئناف وطنى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١٤٢) . وقضى أيضاً بأنه وإن كانت حكمة الشفعة هى الرغبة فى رد أذى الشريك الجديد ، إلا أن الشارع قررها مطلقاً لكل من توافرت فيه شروطها ، وعلى ذلك لا يتوقف قبول دعوى الشفعة على توافر حكمتها (طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠) .

وهذه الحالة ، وإن كانت نادرة الحصول فى العمل [1] ، يمكن أن نتصور تحققها فى فروض مختلفة .

وأبسط هذه الفروض أن يكون هناك عقار مملوك لشخص . وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر . فاذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، كان لمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع مالكا للرقبة أن يشفع فى حق الانتفاع المبيع . فاذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة لم شتات ملكيته . وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة . وهذا هو الغرض الذى من أجله أعطى مالك الرقبة الحق فى أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع . وفى هذا الفرض المبسط لا نرى شفيعا آخر يزاحم مالك الرقبة فى أخذ حق الانتفاع بالشفعة .

وفى فرض آخر أكثر تعقيدا . ي[illegible] مقرر حق انتفاع لمصلحة شخصين (أو أكثر) فى الشيوع . فاذا باع أحد الشريكين حصته الشائعة فى حق الانتفاع ونفرض أنها النصف . كان لمالك الرقبة أن يشفع فى هذه الحصة المبيعة . فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار . ومالكا لرقبة النصف الآخر . وهو إذا لم يكن فى هذا الفرض قد لم شتات الملكية على وجه تام ، فانه تمكن من لم شتاتها فى نصف العقار . ولا يستطيع الشريك الآخر فى حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة فى أخذ الحصة الشائعة المبيعة فى حق الانتفاع بالشفعة . لأن مالك الرقبة مقدم فى الترتيب على الشريك فى الشيوع كما سنرى .

وهناك فرض أكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين . يملك فيه العقار اثنان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتب الاثنان معاً على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر . فيصبحان مالكين فى الشيوع لرقبة العقار . فاذا باع صاحب حق الانتفاع حقه . فلا شك فى أن مالكى الرقبة يستطيعان أن يأخذا معاً بالشفعة حق الانتفاع المبيع . فيعودا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد مالكى الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع . إذ هو النصف « الملابس » للنصف الذى يملكه فى الرقبة . فيعود

---

(١) ويلاحظ أن الذى يملك بالشفعة هنا ليس هو حق الملكية ، بل هو حق الانتفاع ، فالشفعة تكون فى هذه الحالة سببا لكسب حق الانتفاع (أنظر م ٩٨٥/١ مدنى) .

كما كان مالكا لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة ، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذى لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة فى حين أن المشترى لحق الانتفاع يستبقى نصف هذا الحق . وعلى هذا الوجه يكون نصف العقار فى الشيوع مملوكا لأحد المالكين ملكية تامة ، والنصف الآخر يملك رقبته المالك الآخر ويملك حق الانتفاع فيه المشترى لحق الانتفاع . وقد يعترض المشترى لحق الانتفاع على هذه النتيجة ، ويتمسك بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه . فى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار مالك نصف الرقبة الذى أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة فى نصف حق الانتفاع الذى أراد أخذه . فان أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع فى النصف الآخر ، وإن ترك الشفعة خلص لمشترى حق الانتفاع حقه كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة ، ويبقى مالكا الرقبة كما هما مالكين للرقبة فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة[1] .

---

(١) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم . فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه « ١ – لاشفعة لمن شمل البيع فى نفس الوقت وبثمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لاشفعة فيها . ٢ – إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، فإن هؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : « إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحداً من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من حق المنفعة الذى يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لايستطيع أن يشفع وحده فى حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى حق المنفعة كله ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لاتتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن الرأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط ، وذلك مالم يتمسك المشترى بعدم تفريق الصفقة عليه ، فيتحتم عندئذ أن يأخذ الشفيع بالشفعة فى العقار كله . وقداختلف الفقه المصرى : فرأى يقول بذلك (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢٧) ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٤) – وانظر آنفا فقرة ١٦٩ فى آخرها .

يبقى أن نستعرض فرضاً أخيراً . هو أن يملك العقار مالكان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتبان معاً حق الانتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد صاحبى حق الانتفاع النصف الشائع الذى له . جاز لمالكى الرقبة أن يأخذا معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة . كذلك يستطيع أحد مالكى الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف . ولا يستطيع المشترى أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه . وإذا باع صاحبا حق الانتفاع كل الحق لمشتر واحد ، جاز لمالكى الرقبة أن يأخذاه معاً بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع الملابس لحقه فى الرقبة ، إلا إذا تمسك المشترى بعدم تفرق الصفقة فيتحتم عندئذ على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا [1] .

١٨١ — الشريك فى الشيوع : وتثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الثانية ، « للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى » (م ٩٣٦ بند ب مدنى) . ويخلص من النص أن هناك عقاراً شائعاً وأن أحد الشركاء فى الشيوع باع حصته الشائعة أو شيئاً منها إلى أجنبى . فيكون للشركاء فى الشيوع الآخرين أو لأى منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة . فيجب إذن : (١) أن يكون هناك عقار شائع . (٢) وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . (٣) وأن يكون البيع لأجنبى :

يجب أن يكون هناك عقار شائع [2] . فالعقار الذى كان شائعاً . ثم قسم

---

(١) وتسرى الأحكام التى قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى فى الأحوال التى يجوز فيها النزول عن هذين الحقين . وقد نصت المادة ٩٩٧ مدنى على أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » (انظر إسماعيل غانم ص ٦٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٣١٠ — حسن كيرة ص ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك هو المالك على الشيوع وإذ كان المشترى لا يكون مالكاً إلا بتسجيل عقده ، ومن وقت التسجيل لا قبله ، فإن الحكم ، إذا نفى حق الشفيع فى الشفعة على أساس أن تسجيل عقده حصة شائعة فى القطعة التى بها الأطيان المشفوعة لاحق لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه لا يكون قد أخطأ (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨) . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٤١١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٥ .

إلى أجزاء مفرزة لكل شريك جزء مفرز اختص به ، لا تكون فيه شفعة بسبب الشركة فى الشيوع (١) . وإذا باع أحد منهم جزءه المفرز ، لم يكن للآخرين

= والمفروض هنا أن شخصا اشترى حصة شائعة فى عقار ، وقبل أن يسجل عقد شرائه باع شريك آخر حصته الشائعة فى هذا العقار لمشتر آخر ، ثم سجل المشترى الأول عقد شرائه . فتذهب محكمة النقض إلى أن هذا المشترى الأول لم يصبح مالكا للحصة الشائعة التى اشتراها ، بالنسبة إلى المشترى الآخر ، إلا من وقت التسجيل . فتكون ملكيته للحصة الشائعة المشفوع بها لاحقة لبيع الحصة الشائعة المبيعة للمشترى الآخر ، ومن ثم ينتفى حق الشفعة .

ونحن نرى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، وأن المشترى إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكاً للعقار الذى اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من « الغير » فى البيع الذى تم تسجيله (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ وما بعدها) . وفى الفرض الذى نحن بصدده ، لما سجل المشترى الأول عقد شرائه ، يكون قد أصبح مالكاً من وقت البيع ، لا من وقت التسجيل ، بالنسبة إلى البائع له ، وكذلك بالنسبة إلى المشترى الآخر للحصة الشائعة الأخرى المشفوع فيها لأن هذا المشترى الآخر لا يعتبر من « الغير » بالنسبة إلى البيع الأول . ومن ثم تكون ملكية المشترى الأول للحصة الشائعة التى اشتراها سابقة على البيع الصادر للمشترى الآخر ، فيكون للمشترى الأول أن يشفع فى الحصة الشائعة المبيعة للمشترى الآخر . ونظير ذلك مشتر لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعى على الرأى الذى نذهب إليه ، لاعتبر المشترى مالكاً للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكن الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى – وهذا ما فعلته محكمة النقض هنا أيضاً (٢١ نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ – ٨ نوفبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ – ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) – فان المشترى لا يعتبر مالكاً للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة (أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٨) .

(١) وإذا ادعى المشترى وقوع القسمة وأن الشفيع ليس شريكاً فى الشيوع بعد وقوعها ، فعليه أن يثبت ذلك ، وله أن يثبته بجميع طرق الإثبات . ولا يعتبر تأجير أحد الشركاء فى الشيوع المال الشائع كله أو بعضه دليلا على وقوع القسمة (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، إذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغاً من أن الأعمال المادية التى أثبتها خبير الدعوى – استحداث مبان بالمنزل – غير قاطعة فى إفادة هذا المعنى ، فإن النعى على هذا الحكم القصور فى التسبيب استناداً إلى أنه لم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ، ولأنه نسخ محضر مناقشة الخبير ، هذا النعى يكون فى غير محله (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) =

أن يشفعوا فيه باعتبارهم شركاء فى الشيوع ، فهم بعد القسمة لم يعودوا شركاء فى الشيوع بل أصبحوا جيرانا . وعلى ذلك إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء المفرز المبيع ، فإنما يجوز له ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الجار فيما سنبينه . ولا يجعل الحائط المشترك الفاصل بين عقارين هذين العقارين شائعين بين مالكيهما . لأن الشركة هنا مقصورة على الحائط وليست فى ذات العقار . بل يكون كل مالك منهما جارا للمالك الآخر . ويشفع بالجوار إذا توافرت شروطه [1] . كذلك إذا كان هناك فناء مشترك أو طريق مشترك أو مجرى مشترك [2] بين عقارين ، فالعقاران لا يكونان شائعين بل يكونان متجاورين ، والشفعة فى كل منهما تكون بالجوار إذا توافرت شروطه .

ويجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . فإذا باع جزءا مفرزا من المال الشائع . فقد قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين فيما لو كان المشترى يعلم أن البائع للجزء المفرز إنما

= وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفوع ضدهما) فى دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشيوع فى الأطيان التى يقع بها القدر المشفوع فيه وأنهما يفضلان الشفيعة بشرائهما لذلك القدر ، وانتهت إلى عدم التعويل عليه تأسيساً على ما استظهرته من المستندات التى قدمت لها استظهاراً صحيحاً من زوال حالة الشيوع التى كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة وإقرار الطاعنين للقسمة التى تمت بموجبه ، وارتضائهما له ، وإعمالهما مقتضاه من قبل شرائهما للصفقة المشفوع فيها وعند تحرير العقد النهائى المسجل الصادر لهما من المطعون عليها الثانية ، وقد أقامت حكمها فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى خلصت لها ، فإن النعى على حكمها بالقصور والتناقض يكون فى غير محله (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشترى لا يعدو أن يكون شريكاً على الشيوع فى مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة ، فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشترى بأنه شريك فى الشيوع فى جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على الشيوع الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٤ ص ١٠١٦) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الرى التى ترويها ، فليس للشريك فى ملكية الآلة وحدها أخذ الأرض المبيعة بالشفعة . إذ هو ليس شريكاً فى الأرض (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٧) — وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

يملك فى الشيوع ، يكون غير نافذ فى حق الشركاء المشتاعين الآخرين ، فلا يصبح المشترى مالكا على الشيوع معهم . وقررنا أنه لا يجوز لأحد من هؤلاء الشركاء المشتاعين أن يستعمل حق الاسترداد لهذا الجزء المفرز المبيع فيما لو كان جزءا مفرزا فى مال منقول أو فى مجموع من المال . بل ولا يجوز أن يسترد من المشترى حتى الحصة الشائعة التى للشريك البائع فى الجزء المفرز المبيع ، لأن حق الاسترداد إنما يكون فى بيع حصة شائعة ولا يكون فى بيع شىء مفرز . وما قررناه فيما يتعلق باستعمال حق الاسترداد هناك نقرره فيما يتعلق باستعمال حق الشفعة هنا . فلا يجوز لشريك فى الشيوع أن يشفع فى جزء مفرز من العقار الشائع باعه شريك آخر . ولا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة فى العقار لا جزء مفرز فيه . ويجب تفسير عبارة « إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى » الواردة فى المادة ٩٣٦ بند ب مدنى فيما رأينا ، بأن لفظ « شىء » مقصود به حصة شائعة . فيكون المقصود من عبارة « بيع شىء من العقار الشائع » بيع حصة شائعة فى هذا العقار . وكما لا يجوز للشريك المشتاع أن يشفع فى جزء مفرز من العقار الشائع باعه شريك آخر ، كذلك لا يجوز للمشترى لهذا الجزء المفرز أن يشفع فى حصة شائعة من العقار باعها شريك مشتاع . ذلك أن المشترى للجزء المفرز لا يصبح مالكا فى الشيوع مع الشركاء المشتاعين كما سبق القول . فلا يجوز له أن يشفع فى حصة شائعة فى العقار باعها شريك مشتاع (١) . وإذا اشترى هذا المشترى بعد ذلك حصة شائعة فى نفس العقار ، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، ولا يحتج عليه المشترى بأنه هو نفسه شريك مشتاع مثله قبل شرائه للحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز لشريك أن يأخذ منه بالشفعة (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩ .

(٢) نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧ — وانظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣١ فى الهامش — شفيق شحاتة فقرة ٢٤٤ — إسماعيل غانم ص ٦٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٨ ص ٤٠٨ — ص ٤٠٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٣ — حسن كيرة ص ٤ — ص ٥ — وانظر عكس ذلك وأنه تجوز الشفعة فى بيع الجزء المفرز من العقار الشائع : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٣ .

ويجب أخيرا أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي . فلو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله . لما جاز لشريك مشتاع ثالث أخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . ذلك أن بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادرا إلى أجنبي لا إلى شريك مشتاع . وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بند ب مدنى إذ تقول كما رأينا : « للشريك فى الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » . هذا إلى أن المادة ٩٣٧ ٣ مدنى تنص على ما يأتي : « فاذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا . بمقتضى نص المادة السابقة . فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى». فاذا كان المشترى للحصة الشائعة هو نفسه شريك فى الشيوع . فضل على شفيع هو مثله شريك فى الشيوع لأنه شفيع من طبقته . وإنما يأخذ الشريك فى الشيوع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة إذا كان الذى اشترى هذه الحصة أجنبيا أى غير شريك فى الشيوع . لأن الشفيع هنا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشترى [1] . ولم يكن هذا الحكم المعقول هو السائد فى عهد التقنين المدنى السابق ولا فى عهد قانون الشفعة السابق . فقد كانت نصوص هذه التشريعات غير واضحة فى هذا المعنى . وساد فى عهدها الرأى العكسى الذى يجعل الشريك المشترى لا يتقدم على الشريك الشفيع ، بل يتقاسمان الصفقة معاً . فكان لا يشترط إذن أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا إلى أجنبي كما اشترط ذلك صراحة التقنين المدنى الجديد . بل كان يجوز الأخذ بالشفعة من المشترى لحصة شائعة ولو كان هو نفسه شريكا فى الشيوع . وكان هذا الرأى العكسى يدعمه الفقه الإسلامى فى مختلف مذاهبه . كما كان يدعمه الفقه والقضاء ، وأقرته محكمة النقض فى أحكام متعاقبة [2] . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى تزاحم الشفعاء .

---

(١) فلو كان المشترى جاراً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشركاء فى الشيوع . ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ منه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . لأن البيع صادر لأجنبي . ولأنه إذا كان الجار شفيعاً فإن الشريك فى الشيوع فى طبقة أعلى من طبقته فيستطيع الأخذ منه بالشفعة .

(٢) نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩ .

وقد رأينا فيما تقدم أن الشرط الأول لأخذ الشريك فى الشيوع الحصة الشائعة بالشفعة هو أن يكون هناك عقار شائع ، ونحدد الآن ما هو المقصود بالعقار الشائع . يشمل العقار الشائع أول ما يشمل . بطبيعة الحال ، العقار المملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء فى الشيوع . ولكنه يشمل أيضا رقبة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع . فتكون رقبة العقار عقارا شائعا إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء فى الشيوع . ويشمل أخيرا حق الانتفاع بعقار إذا انفصلت عنه الرقبة . فيكون حق الانتفاع بعقار عقارا شائعا إذا كان هذا الحق مملوكا لعدد من الشركاء فى الشيوع [1] . ويجب أن نميز تمييزا دقيقا بين مالك الرقبة باعتباره مالكا للرقبة ، وبين مالك الرقبة باعتباره مالكا فى الشيوع . فمالك الرقبة باعتباره مالكا للرقبة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع فى حق الانتفاع . ونص المادة ٩٣٦ بند ا مدنى صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بصفة » . أما مالك الرقبة ، إذا شفع فى حصة شائعة فى هذه الرقبة لا فى حق الانتفاع ، فانه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا فى الشيوع لعقار شائع هو الرقبة ، لا باعتباره مالكا للرقبة . وإذا تقدم مالك الرقبة يشفع فى حق الانتفاع باعتباره مالكا للرقبة كانت له المرتبة الأولى بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع فى حصة شائعة فى الرقبة باعتباره مالكا فى الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هى المرتبة الثانية لا المرتبة الأولى . ويجب كذلك أن نميز تمييزا دقيقا بين صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع ، وبين صاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا فى الشيوع . فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع فى الرقبة ، ونص المادة ٩٣٦ بند حـ مدنى صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها » . أما صاحب حق الانتفاع ، إذا شفع فى حصة شائعة فى حق الانتفاع

---

(١) أما أن كلا من حق الرقبة فى عقار وحق الانتفاع فى عقار يعتبر عقاراً ، فهذا ثابت بصريح النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدنى : « يعتبر مالا عقارياً كل حق عينى يقع على عقار » .

لا فى الرقبة ، فانه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا فى الشيوع لعقار شائع هو حق الانتفاع ، لا باعتباره صاحب حق انتفاع [1] . وإذا تقدم صاحب الانتفاع يشفع فى الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع كانت له المرتبة الثالثة بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع فى حصة شائعة فى حق الانتفاع باعتباره مالكا فى الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هى المرتبة الثانية لا المرتبة الثالثة .

---

(١) وهناك خلاف فى الرأى فيما إذا كان للشريك المشتاع فى حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة فى حق الانتفاع يبيعها شريك آخر فى هذا الحق لأجنبى .

فرأى يذهب إلى عدم الجواز « لأن المادة ٩٣٦ مدنى خولت الشريك فى الشيوع حق الشفعة إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى ، فالذى له الحق هو الشريك فى الملك لا الشريك فى الانتفاع . كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق فى الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، وقد خول هذا الحق كما خوله مالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع لحكمة هى جمع ما تفرق فى حق الملكية » (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢١٤ ص ١٩٦) . « ولو قصد القانون إعطاء الشريك فى الانتفاع الحق فى الشفعة إذا باع الشريك الآخر حقه لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، وهو قد نص صراحة على حق المنتفع فى الشفعة إذا بيعت الرقبة . . وعلى حق مالك الرقبة فى الشفعة إذا بيع الانتفاع الملابس لها . . ولكنه لم يذكر الشريك الذى له حصة فى حق الانتفاع المبيع ، ومن المعلوم أن الشفعة رخصة استثنائية ، ومن ثم لا يجوز التوسع فى النصوص الخاصة بها . ومن جهة أخرى فإن الشفعة لا تكون إلا طريقاً من طرق الملك ، وهى ليست طريقة لكسب الانتفاع إلا استثناء ، والاستثناء يجب أن يكون صريحا » (عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩٠ ص ٤٣١) .

ولكن الرأى السائد هو عكس الرأى المتقدم ، ويقول – كما قررنا فى المتن – بأن للشريك فى حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة فى حق الانتفاع يبيعها شريك آخر لأجنبى ، لأن « عبارة الشريك فى الشيوع تشمل الشريك فى حق الانتفاع كما تشمل الشريك فى حق الملكية ، لأن كليهما شريك فى العقار المبيع ، والمصلحة فى استبعاد الأجنبى عند قيام حالة الشيوع متحققة فى حالة الانتفاع كما هى متحققة فى حالة الملكية . . وعلى ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب فى هذه الصورة من طريق الشفعة ، ويكون الشفيع فى هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لا مالك العقار » (شفيق شحاتة فقرة ٢٤٦ ص ٢٦١) – وانظر فى هذا المعنى : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٠ – إسماعيل غانم ص ٦٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٢ – حسن كيرة ص ٣ . والذى أوجد اللبس فى هذه المسألة ، فى رأينا ، هو عدم التمييز بين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع فى الرقبة وقد نص على ذلك فى المادة ٩٣٦ بند ﻫ مدنى ، وبين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع كشريك مشتاع فى حصة شائعة فى حق الانتفاع وشأنه فى ذلك هو شأن الشركاء فى الشيوع وقد نص على ذلك فى المادة ٩٣٦ بند ب مدنى .

ويخلص من ذلك أمران : (الأمر الأول) أن رقبة العقار التى انفصل عنها حق الانتفاع هى نفسها عقار ، وقد يملكها عدة شركاء فى الشيوع . فاذا بيعت حصة شائعة فى هذه الرقبة ، كان لها شفيعان : (١) شريك مشتاع فى الرقبة غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا فى الشيوع ، أى باعتباره شفيعا فى المرتبة الثانية . (٢) صاحب حق الانتفاع ، وهو الحق الذى انفصل عن الرقبة ، ويشفع صاحبه باعتباره صاحب حق انتفاع ، أى باعتباره شفيعا فى المرتبة الثالثة . فاذا تزاحم هذان الشفيعان قدم من كان فى مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم الشريك المشتاع فى الرقبة وهو فى المرتبة الثانية على صاحب حق الانتفاع وهو فى المرتبة الثالثة [١] . (والأمر الثانى) أن حق الانتفاع الذى انفصل عن الرقبة هو نفسه عقار ، وقد يملكه عدة شركاء فى الشيوع . فاذا بيعت حصة شائعة فى حق الانتفاع ، كان لها شفيعان : (١) مالك الرقبة ، وهى الحق الذى انفصل عنه حق الانتفاع ، ويشفع مالكه باعتباره مالكا للرقبة ، أى باعتباره شفيعا فى المرتبة الأولى . (٢) شريك مشتاع فى حق الانتفاع غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا فى الشيوع ، أى باعتباره شفيعا فى المرتبة الثانية . فاذا تزاحم هذان الشفيعان قدم من كان فى مرتبة أعلى ؛ ومن ثم يقدم مالك الرقبة وهو فى المرتبة الأولى على الشريك المشتاع فى حق الانتفاع وهو فى المرتبة الثانية .

١٨٢ – **صاحب حق الانتفاع** : وتثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الثالثة ، « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها » (م ٩٣٦ بند حـ مدنى) . ويخلص من هذا النص أن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع فى الرقبة ولذلك يأتى فى المرتبة الثالثة كما قدمنا ، أما إذا كان يشفع فى حصة شائعة فى حق الانتفاع فانه يشفع فيها كشريك فى الشيوع ويأتى فى المرتبة الثانية شأنه فى ذلك شأن سائر الشركاء فى الشيوع كما سبق القول .

---

(١) وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى ينزل الشريك فى الشيوع إلى المرتبة الثالثة ويرفع صاحب حق الانتفاع إلى المرتبة الثانية ، فكانا إذا تزاحما فى الفرض الذى نحن بصدده ، قدم صاحب حق الانتفاع على الشريك المشتاع فى الرقبة ، على عكس ما قدمناه فى المتن . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى ، عند الكلام فى تزاحم الشفعاء .

وقد تقدم الكلام فى صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع فى حصة شائعة فى هذا الحق عند الكلام فى شفعة الشريك فى الشيوع [١] ، والذى يعنينا هنا هو الكلام فى صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع فى الرقبة [٢] . ونتدرج فى الفروض هنا ، كما تدرجنا فى الفروض بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع [٣] .

فأبسط الفروض هو أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر . فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط . فاذا باع هذا الأخير الرقبة التى يملكها ، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع فى الرقبة المبيعة ، فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨١ .

(٢) وقد ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدقى أحقية صاحب حق الانتفاع فى أن يشفع فى الرقبة . فتساءل الرئيس «عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو انصب حقه على جزء من العقار المبيع ، على أن يقتصر حقه فى الشفعة على جزء من ملكية الرقبة الذى ينصب عليه حقه فى الانتفاع» . فرأى أحد الأعضاء «عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المنتفع الوحيد ، وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وذلك درءاً للمشاكل والصعوبات التى قد تعرض فى مثل هذه الحالة» . وعارض عضو آخر «فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنها تؤدى إلى التدخل فى الملكية فى حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيداً عن كل تعاقد يمس ملكية الرقبة ، وخاصة فإن حقه وهو فى الأصل موقوت بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغيير . ثم قال أحد الأعضاء «إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنه يكاد فى الواقع يكون معدوماً فى مصر» . «وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة فى الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع . وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هى مؤقتة وقابلة للتعديل ، إلا أنه يحسن عدم العدول عن الرأى الذى انتهت إليه اللجنة فى الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع . ومع ذلك فهو يقترح إمعاناً فى التضييق من هذا الحق النص التالى عوضاً عن النص الذى أقرته اللجنة فى الجلسة الأخيرة : «٣ – لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق» . واقترح أحد الأعضاء الصيغة الآتية : «لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابسة لهذا الحق إلى أجنبى» . فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير . ثم عاد أحد الأعضاء إلى مناقشة هذا النص الأخير ، وانتهت اللجنة إلى الموافقة على النص الآتى : «٣ – لصاحب حق الانتفاع فى حالة ما إذا لم يقع البيع إلا على الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٧ – ص ٣٦٩ فى الهامش) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ .

وهذا هو الغرض الذى أعطى من أجله صاحب حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة .

وفى فرض ثان أكثر تعقيدا يملك العقار شخصان فى الشيوع ، ويرتبان عليه حق انتفاع لمصلحة شخص واحد ، فيصبحان مالكين لرقبة العقار فى الشيوع ، ونفرض أن لكل منهما النصف . فاذا باع أحدهما النصف الذى يملكه فى الرقبة ، كان لهذا النصف شفيعان كما قدمنا [١] : مالك النصف الآخر للرقبة ويعتبر شريكا فى الشيوع وهو مقدم إذ هو فى المرتبة الثانية من الشفعاء ، فاذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الانتفاع وهو تال فى المرتبة إذ هو فى المرتبة الثالثة بين الشفعاء . فاذا أخذ صاحب حق الانتفاع النصف المبيع من الرقبة بالشفعة ، لم شتات ملكية العقار فى نصفه إذ يصبح مالكا ملكية تامة لهذا النصف ، ويظل صاحب حق انتفاع فى النصف الثانى من العقار . فهذه على كل حال خطوة نحو لم شتات الملكية ، قد تتلوها خطوة أخرى إذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذى يملكه ، فيأخذه بالشفعة صاحب حق الانتفاع فى هذا النصف من الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع يشفع فى الرقبة ، بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك باعتباره شريكا فى الرقبة إذ قد سبق له أن شفع فى نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا فى الشيوع ، فيملك فى الحالين العقار كله ملكية تامة ، ويلم شتات الملكية على وجه كامل.

والفرض الثالث الأكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار شخص واحد ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين فى الشيوع (لكل منهما النصف مثلا) ، فيصبح بذلك مالكا لرقبة العقار . فاذا باع هذه الرقبة ، فلا شك فى أن صاحبى حق الانتفاع لهما أن يشفعا معاً فى الرقبة كل بقدر النصف ، فيصبحا مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد صاحبى حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس للنصف الذى يملكه فى حق الانتفاع ، فيصبح مالكا لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة ، ويبقى النصف الآخر من العقار مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشترى لكل الرقبة وقد أصبح الآن لا يملك إلا نصفها بعد أن أخذ منه النصف بالشفعة . وقد يعترض هذا المشترى على ذلك متمسكا بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها . فى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار صاحب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨١ .

نصف حق الانتفاع الذى أخذ بالشفعة نصف الرقبة على أن يأخذ النصف الآخر فى الرقبة منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة فى نصف الرقبة الذى أراد أخذه . فإن أخذ صاحب نصف حق الانتفاع كل الرقبة ، أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا للرقبة فى النصف الآخر . وإن ترك الشفعة ، خلص لمشترى الرقبة حقه كاملا فى الرقبة التى اشتراها ولا تتفرق عليه الصفقة ، وظل مالكا حق الانتفاع كما هما مالكين لهذا الحق فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

يبقى أن نستعرض فرضا أخيرا . هو أن يملك العقار مالكان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتبان معاً حق الانتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف . فإذا باع أحد مالكى الرقبة النصف الشائع الذى يملكه فى الرقبة ، جاز لمالكى حق الانتفاع أن يأخذا معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منها يملك الأخذ بالشفعة ، ما لم يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة فيأخذه لأنه شريك فى الشيوع ومقدم فى المرتبة على صاحبى

---

(١) وقد سبقت الإشارة إلى المادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه : « . . . إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » (أنظر آنفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : « إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها ، فإن أحداً من المنتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة . كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها . ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن الرأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط . وذلك ما لم يتمسك المشترى بعدم تفريق الصفقة عليه ، فيتحتم عندئذ أن يأخذ الشفيع بالشفعة فى العقار كله . وقد اختلف الفقه المصرى . فرأى يقول بذلك ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (أنظر آنفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وانظر فى المعنى الذى نقول به فى الفرض الذى نحن بصدده : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٦ — وانظر عكس ذلك ووجوب العمل بالنص المحذوف : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ .

حق الانتفاع (١) . كذلك يستطيع أحد مالكيْ حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة ، ولا يستطيع المشترى أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه . وإذا باع مالكا الرقبة كل الحق ، جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذاه معاً بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس لحقه فى الانتفاع ، إلا إذا تمسك المشترى بعدم تفرق الصفقة ، فيتحتم عندئذ على هذا الشفيع إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا (٢) .

١٨٣ ــ مالك الرقبة والمستحكر فى الحكر : وتثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الرابعة ، « لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » . وهذا السبب من أسباب الأخذ بالشفعة قد استحدثه التقنين المدنى الجديد ، فلم يكن معروفا لا فى التقنين المدنى السابق ولا فى قانون الشفعة السابق (٣) . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى تبرير استحداثه : « ويلاحظ ثانيا أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة ، فكل منها يأخذ بالشفعة من الآخر ، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما فى الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر

---

(١) وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبى حق الانتفاع ، لم يجز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع فى حدود نصيبه فيه ، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشترى وقد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته (م ٩٣٧ مدنى – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٧) .

(٢) وتسرى الأحكام التى قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى ، سواء كان لا يجوز النزول عن هذين الحقين كما هو الأصل أو كان ذلك جائزاً على سبيل الاستثناء (م ٩٩٧ مدنى) . ذلك أن المادة ٩٩٨ مدنى تنص على أن « . . . تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لاتتعارض مع طبيعة هذين الحقين » . أنظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ ص ٣١٤ – حسن كيرة ص ٢ .

(٣) أنظر فى نفى حق الشفعة فى الحكر فى العهد السابق استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٧ ص ٨٤ – استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٥ – مصر الكلية ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٢ المحاكم ٣ ص ٩٠ – ولكن قارن استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم ٤ ص ١٤٤ .

وهو حق غير مرغوب فى بقائه »[1].

ونلاحظ بادىء ذى بدء أن الحقين اللذين يأخذ أحدهما بالشفعة فى الآخر. فى أرض محكرة للمحكر رقبتها وللمستحكر حق الحكر فيها ، هما حق الرقبة فى هذه الأرض وحق الحكر فيها . أما البناء أو الغراس الذى يحدثه المحتكر فى الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق الحكر[2] ، ولا يشفع فيه إلا بطريق الجوار كما سيأتى ، أو بطريق بيعه تبعا لحق الحكر ذاته فعندئذ يؤخذ حق الحكر ومايتبعه من بناء أو غراس بالشفعة .

والفرض الذى نحن بصدده هو أن أرضا رتب عليها صاحبها حق حكر . فأصبح مالكا لرقبة الأرض المحتكرة وإلى جانبه المحتكر صاحب حق الحكر .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ – ص ٣٦٤ – وقد كان أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقى قد تساءل « عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة للمحتكر » ، فاجاب رئيس اللجنة « بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة لمحتكر ، لأن الحكر يفترض وجود وقف » . وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المصرح لهم بالبناء على أرض الغير ، واقترح منح هؤلاء حق الشفعة فى الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح . ثم قال أحد الأعضاء « إنه توجد فى بعض الأحياء مبان غير صحية أقامها صغار الملاك على أرض للغير » ولاحظ أن التسليم بحق الشفعة فى مثل هذه الحالات يحول دون رفع المستوى الصحى فى الحى كله . فرد الرئيس على هذه الملاحظة بأن رفع المستوى الصحى للحى . . يجب أن يترك أمره لعناية الحكومة ، التى تملك فرض شروط صحية أو إصدار مراسيم بنزع ملكية الحى كله أو بعضه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ فى الهامش) .

(٢) تنص المادة ١٠٠٢ مدنى على أن «يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أوغراس أوغيره ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر » . وقد عقبنا على هذا النص عند الكلام فى حق الحكر بما يأتى : « ويتبين من النص المتقدم الذكر أن المحتكر إذا بنى أو غرس فى الأرض المحتكرة ، كان البناء أوالغراس ملكاً له دون اتفاق على ذلك مع المحكر . ويكون للمحتكر فى هذه الحالة حقان يتميزان أحدهما عن الآخر : حق عينى فى الأرض المحتكرة وهو حق الحكر سالف الذكر . وحق ملكية تامة فى البناء أو الغراس الذى أحدثه فى العين المحتكرة . ويجوز له أن يتصرف فى كل حق مستقلا عن الحق الآخر . فيبيع مثلا البناء أو الغراس مع استبقاء حق الحكر ، ويجب على المشترى فى هذه الحالة أجر مثل الأرض المحتكرة دون التفات إلى القيمة المقررة فى عقد الحكر الأول . ويبيع حق الحكر مع استبقاء البناء أوالغراس ، وفى هذه الحالة يكون عليه هو أن يدفع أجر المثل لمن اشترى حق الحكر . ولكن يغلب أن يتصرف فى الحقين معاً : فيبيع البناء أوالغراس مقترناً بحق الحكر ، ويحل المشترى فى هذه الحالة محله فى كل من الحكر والبناء أوالغراس » (الوسيط ٦ فقرة ٨٠٦) .

فاذا باع هذا الأخير حق الحكر ، كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة ، فينتهى بذلك حق الحكر غير المرغوب فيه ؛ ويلم مالك الرقبة شتات الملكية ويصبح كما كان مالكا للأرض ملكية تامة . وإذا باع مالك حق الرقبة حقه ، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة ، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة ؛ وينتهى هنا أيضا حق الحكر غير المرغوب فيه . وقد يكون هناك جار يملك الأرض الملاصقة للأرض المحكرة ؛ وتتوافر فيه شروط الشفعة بالنسبة إلى رقبة الأرض وبالنسبة إلى حق الحكر . فاذا أخذ مالك الرقبة حق الحكر . بالشفعة ، أو أخذ صاحب الحكر رقبة الأرض بالشفعة تقدم أى منهما على الجار الشفيع إذا أراد هذا أخذ الحكر أو الرقبة بالشفعة . ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الحكر فى المرتبة الرابعة بين الشفعاء ؛ أما الجار ففى المرتبة الخامسة كما سيأتى ، فيكون كل منهما متقدما فى المرتبة على الجار وأولى منه بالشفعة .

ويلاحظ أخيرا أن الفرض الذى نحن بصدده – شفعة مالك الرقبة وشفعة المستحكر – نادر الحصول فى العمل . ويرجع ذلك إلى أن حق الحكر أصبح ، من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد ، لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ١ مدنى) . فضاق بذلك نطاق تطبيق الحكر ، وبخاصة بعد أن ألغيت الأوقاف الأهليه بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فنجم عن ذلك انتهاء حق الحكر الذى كان مترتبا على الأعيان الموقوفة طبقا للمادة ١٠٠٨ / ٣ مدنى ، وهى الكثرة الساحقة من الأحكار . ولم يعد باقيا من الأحكار القديمة إلا تلك المترتبة على الأوقاف الخيرية وعلى الأعيان غير الموقوفة. ثم صدر القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، فأجاز بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف أن ينهى الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية إذا اقتضت المصلحة ذلك . ونخلص من هذا أن الحكر قد أصبح الآن ، بفضل هذه التشريعات المتعاقبة ، ذا مجال ضيق محدود . فهو ، منذ صدور التقنين المدنى الجديد ، لا يمكن ترتيبه على أرض غير موقوفة . والأرض الموقوفة التى يمكن ترتيب حق الحكر عليها قد انحصرت فى الوقف الخيرى ، بعد إلغاء الوقف الأهلى . وحتى فى هذا المجال الضيق – الوقف الخيرى – يندر ترتيب

حكر جديد . وما هو قائم من أحكار قديمة يمكن إنهاؤه بقرار إدارى [١] ، وإذا كانت هناك أحكار قديمة مرتبة على وقف خيرى ، أو فرض – وهذا نادر – أن يرتب فيما بعد حق حكر على وقف خيرى ، فإن الوقف لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة كما سيجىء . فإذا بيع حق الحكر المرتب على وقف خيرى ، لم يجز لهذا الوقف أن يأخذه بالشفعة . ولكن إذا بيعت الأرض المحكرة الموقوفة وقفا خيريا عن طريق الاستبدال ، جاز لصاحب حق الحكر أن يأخذها بالشفعة ، فيلم بذلك شتات الملكية ويصبح مالكا للأرض ملكية تامة . كذلك تجوز الشفعة فى الأحكار القديمة ، المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على أرض غير موقوفة [٢] . فإذا بيع حق الحكر أو بيعت حق الرقبة ، فى هذه الأحكار القديمة وهى فى سبيلها إلى الزوال ، فإن لصاحب أى الحقين أن يأخذ الحق الآخر بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

١٨٤ – الجار المالك – أحوال ثلاث : وتثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الخامسة ، « للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

---

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٧٩٧ ص ١٤٤٢ – ص ١٤٤٣ .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٠ – ص ٧١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٠ ص ٤١٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « كذلك نجد أن هذا السبب لا يستطاع الأخذ بالشفعة بمقتضاه على الأقل فى شأن الأحكار المرتبة بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد إذا بيع ملك الرقبة . لأن الأصل أنه لا يجوز بيع ملك الرقبة مادامت وقفاً . وإذا جاز فى بعض الأحوال بيعها فذلك على أساس الاستبدال ، وهو ما يؤدى إلى إنهاء صفة الوقف من الأرض المبيع ملك رقبتها . ومتى انتهت صفة الوقف عنها انتهى الحكر المرتب عليها ، وانتقل إلى الأرض البديلة عنها . فهنا لا يتصور إذن أن يأخذ صاحب الحكر بالشفعة الأرض المبيعة إذا بيع ملك رقبتها » . ويؤخذ على ذلك أنه ليس من الضرورى ، عند استبدال العين الموقوفة المحكرة ، أن يكون الاستبدال واقعاً على كل العين حتى يصح القول بأن الحكر ينتقل إلى الأرض البديلة عنها . ولكن يجوز – وهذا هو الأجدى عملياً – أن يقع الاستبدال على رقبة العين المحكرة وحدها . فيبقى الحكر على العين الأصلية . وعندئذ يأخذ صاحب الحكر الرقبة بالشفعة . ويكون ذلك قبل تسجيل عقد البيع (منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢) وانتقال ملكية العين الموقوفة إلى المشترى وصيرورتها ملكاً ، فلا تكون صفة الوقف قد زالت ويمتنع زوالها انتهاء الحكر .

(٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » (م ٩٣٦ بند ه مدنى) [١] .

ونرى من ذلك أنه يجب مبدئيا التمييز بين المبانى والأراضى المعدة للبناء من جهة ، والأراضى غير المعدة للبناء ويغلب أن تكون هى الأراضى الزراعية من جهة أخرى . فكل المبانى القائمة فعلا ، سواء كانت قائمة فى المدن أو فى القرى ، داخل حدود المبانى أو خارجها ، تدخل فى الطائفة الأولى . وتدخل فى الطائفة الأولى أيضا الأراضى التى لا تقوم عليها مبان فعلا ولكنها تعتبر أراضى معدة للبناء . ويرجع فى تحديد هذه الأراضى المعدة للبناء إلى الخرائط التى تعين حدود المدينة أو القرية (الكردون) [٢] . فاذا كانت الأرض تدخل فى نطاق هذه الحدود فهى أرض معدة للبناء ، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتا لغرض آخر كالزراعة . والأرض التى لا تدخل فى نطاق هذه الحدود تعتبر أرضا غير معدة للبناء ، وذلك ما لم يكن صاحبها قد أعدها بالفعل لتكون أرض

---

(١) وللجار فى هذه الأحوال الثلاث أن يشفع فى العقار إذا بيع ، حتى لو كان هذا العقار المبيع حصة شائعة فى عقار مملوك لعدة شركاء على الشيوع ، ولم يطلب أحد الشركاء فى الشيوع وهو مقدم على الجار أخذ الحصة الشائعة بالشفعة . ولا تتوقف شفعة الجار على نتيجة القسمة ، إلا إذا اقتسم المشترى العقار الشائع مع شركائه وأفرزت الحصة التى اشتراها فكانت غير مجاورة لعقار الجار ووقع كل ذلك قبل ثبوت حق الجار فى الشفعة . أما إذا ثبت حق الجار فى أخذ الحصة الشائعة بالشفعة ، فقد أصبح هذا الحق باتاً أيا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . ذلك بأنه وقت بيع الحصة الشائعة كان شرط الجوار متوافراً ، وبقى متوافراً إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة . ولو وجب انتظار نتيجة القسمة ، فقد لا تطلب القسمة ويضيع على الشفيع حقه . أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٩ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٠ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ ص ٢٦١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٨ – عبد المنعم فرج الصدة ٢٨٨ – وانظر عكس ذلك وأن حق الجار فى طلب الشفعة يكون موقوفاً على نتيجة القسمة استئناف مصر ٢٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١١٣ ص ١٤٧ – على زكى العرابى فقرة ٥٨ ص ٣٥ – ص ٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٤٠ .

بناء فتعتبر في هذه الحالة أرضا معدة للبناء (١) . فاذا استبعدنا المباني القائمة فعلا ، والأراضي المعدة للبناء على التحديد الذي ذكرناه . كان ما بقي من

(١) وكون الأرض غير الداخلة في نطاق « كردون » المدينة أو القرية تعتبر قد أعدت فعلا للبناء ، فتكون أرضا معدة للبناء مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع ، دون معقب عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم الذي اعتبر الأرض غير معدة للبناء ، فلا يكفي للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة ، قد أقام قضاءه على أن المنطقة التي تقع فيها واسعة المساحة وغالبها منزرع ، وأن ما فيها من أبنية قليل ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ١٠ يونيه سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٣ ص ٦٣٩) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣١ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ في الهامش . محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٢٠٤ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٩٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٢ – ص ٤١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ – ص ٣١٨ . والعبرة في الأرض المشفوع فيها بحالتها وقت بيعها ، فإذا كانت غير معدة للبناء سرت الأحكام الخاصة بالأراضي غير المعدة للبناء ، حتى لو كان المشتري أو الشفيع مزمعاً أن يعدها للبناء (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٢) .

والذي يعتد به بوجه عام هو إعداد البائع الأرض للبناء ، لا إعداد المشتري لها . فإذا اشترى شخص أرضاً زراعية ليقسمها ويبيعها للبناء ، فلا تثبت الشفعة إلا إذا توافر شروط الجوار من جهتين وشرط القيمة ، لأنها تعتبر أرضاً زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من أراضي البناء كما سيعدها المشتري (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤) . ومع ذلك إذا كانت الأرض معدة لتقسيمها إلى قطع للبناء بحكم ملاصقتها لمبان وانتشار العمران بالجهة التي هي فيها . فإنها تعتبر أرض بناء ، حتى لو وصفت في عقد البيع بأنها أرض زراعية وقدرت مساحتها بالفدان وكانت مؤجرة للزراعة والإيراد يدفع عنها المال باعتبارها أرضاً زراعية (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ – محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤ – ص ٢٢٥) . وقضى بوجوب اعتبار الأرض زراعية ، ولو عين لها ثمن على قدر بالذراع لا بالفدان ، مادامت الأرض واقعة خارج منطقة المباني بالقرية Agglomération bâtie (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وقضى بأنه يجب البحث عن تخصيص الأرض وعما إذا كانت توجد في منطقة بناء . وكما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قرباً كافياً بحيث يمكن اعتبارها بالفعل ، وإن لم يكن من الوجهة الإدارية ، جزءاً منها ، فإن الأرض تكون أرض بناء (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٤) . وقضى بأن العبرة في الأرض المعدة للبناء بالتخصيص الحالي الناتج من موقعها في مدينة أو قرية ، لا بالتخصيص الشخصي الذي قد يكون احتمالياً (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وكان قد قضى بأن لوكاندة ميناهوس لا تعتبر داخلة ضمن دائرة المباني أو الأراضي المعدة للبناء في المدن أو القرى ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراض زراعية شاسعة تروى في أوقات دورية (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ – ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) .

لأراضى بعتبر أرضا غير معدة للبناء وبعتبر كذلك أرضا مزروعة أو معدة للزراعة وتدخل فى الطائفة الثانية

والشفعة فى المبانى والأراضى المعدة للبناء وهذه هى الحالة الأولى للجوار - يكفى فيها مجرد الملاصقة . أما الأراضى غير المعدة للبناء . فالشفعة فيها لا تكون بمجرد الملاصقة . بل يجب أيضا فوق ذلك أحد أمرين . إما أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها وهذه هى الحالة الثانية للجوار . أو أن تكون الأرض ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وتساوى فى الوقت ذاته نصف ثمن هذه الأرض الأخيرة على الأقل وهذه هى الحالة الثالثة للجوار . ونستعرض تفصيلا كلا من هذه الأحوال الثلاث

١٨٥ - الحالة الأولى للجوار - المبانى والأراضى المعدة للبناء : يكفى للأخذ بالشفعة . فى هذه الحالة ، أن يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متجاورين . أى متلاصقين من جهة واحدة [١] . ولا يطلب أى شرط آخر . كوجود حق ارتفاق أو التلاصق من جهتين أو قيمة معينة للعقار المشفوع به فهذه الشروط . مما يطلب بالإضافة إلى التلاصق فى الأراضى غير المعدة للبناء أى فى الحالتين الثانية والثالثة . كما سبق القول .

أما فى حالة المبانى والأراضى المعدة للبناء . وهى الحالة الأولى التى نحن بصددها . فيكفى التلاصق من جهة واحدة كما قدمنا . وإذا كان كل من العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه أرضا معدة للبناء ، فالتلاصق يكون بين

(١) ويجب أن يكون التلاصق موجوداً وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥) . وعلى الشفيع إثبات ذلك (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) . ويجوز الرجوع فى الإثبات إلى عقد تمليك الشفيع ولو لم يكن له تاريخ ثابت . كما يجوز إثبات ذلك بالمعاينة . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة . وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة . وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم . فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم به (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٤٢ ص ٨٧ - وانظر نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٣) .

الأرض بداهة . وإذا كان كل من العقارين . أو كان أحدهما . بناء مقاما على أرض كمنزل مقام على أرض بعضها حديقة لمنزل أو فناء له . فالتلاصق هنا أيضا يكفى أن يقوم بين الأرض المقام عليها البناء والأرض الأخرى سواء أقيم عليها بناء أو كانت أرضا فضاء [١] . أما إذا كان الشفيع يشفع ببناء يملكه دون الأرض المقام عليها البناء . كأن كان مستأجرا للأرض وأقام عليها بناء [٢] . فان البناء المشفوع به نفسه . وليس الأرض وحدها . يجب أن يكون ملاصقا للعقار المشفوع فيه . فان كان هذا العقار المشفوع فيه هو أيضا بناء بيع وحده دون الأرض التى أقيم عليها . وجب أن يقوم التلاصق بين البنائين نفسيهما . ويتحقق ذلك إذا قام بينهما حائط فاصل سواء كان هذا الحائط مشتركا أو غير مشترك [٣] .

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ .

(٢) أنظر فى الفرق بين المستأجر والمحتكر نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٠ رقم ٣٠ .

(٣) وقد فرضنا فيما قدمناه أن ملكية الأرض منفصلة عن ملكية البناء .وقد يكون صاحب البناء له حق القرار على الأرض بموجب حق عينى ثبت له فى الأرض ، كحق انتفاع أو حق حكر فإذا فرضناه شفيعا ، كان له أن يشفع بالبناء الذى يملكه دون الأرض كما قدمنا . وكان له أيضا أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له فى الأرض وهو حق عينى فى عقار فيكون عقاراً متميزاً عن رقبة الأرض . وهو فى الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معاً ، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له فى الأرض . فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض . فيكفى أن تكون الأرض ، دون البناء ، هى الملاصقة للعقار المشفوع فيه . وإذا كان يشفع فى بناء بيع دون الأرض . وكان لهذا البناء حق القرار على الأرض بموجب حق انتفاع أو حق حكر ، فانه يشفع فى هذه الحالة فى البناء مقترناً بحق الانتفاع أو بحق الحكر . فتكفى ملاصقة عقاره الذى يشفع به للأرض المقام عليها البناء المشفوع فيه .

أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ – ص ٤١٤ – حسن كيرة ص ٦ – ص ٧ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤١ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٨ (حيث يذهب إلى أن صاحب حق الانتفاع لا يشفع فى العقار المجاور له) .

وإذا قام شخص بناء على أرض اشتراها قبل أن يسجل عقد شرائه ثم سجل عقد الشراء ، فبفضل الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين الذى نقول به (أنظر ما يلى فقرة ١٨٩ فى الهامش) يعتبر مالكاً للأرض ، بالنسبة إلى المشترى المشفوع ضده ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل . ومن ثم يكفى أن تكون الملاصقة قائمة بين العقار المشفوع فيه والأرض التى اشتراها وأقام عليها البناء ، دون هذا البناء نفسه .

ويمنع التلاصق على الوجه المتقدم أن يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع [١]. فإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام ، لم يتحقق التلاصق [٢]. أما إذا كانت الترعة أو المصرف أو الطريق مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما ، فإن التلاصق يتحقق [٣] ؛ ولا يحول دون تحقق التلاصق فى هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاق على الترعة أو المصرف أو الطريق ، فإن حق الارتفاق لا يمنع أن يبقى صاحب العقار مالكا لعقاره [٤]. وإذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير ، أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم

---

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٢ – ٣ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٨ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ – ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٥ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٠ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فان هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين ، إذ يكون الجوار متحققاً من الجهتين (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت السكة الزراعية الفاصلة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها مملوكة لصاحبى الأرضين مناصفة ، فإن الجوار بين الأرضين يكون قائماً (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضت كذلك بأن المصرف الذى يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين ، أما إذا كان مشتركاً بينهما فالتلاصق قائم (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٧ – ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ – وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٨٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود مصرف فى العقار المشفوع فيه فاصل بينه وبين العقار المشفوع به ، ومخصص لصرف مياه أراضى أخرى ، لا يمنع قيام حالة الجوار بين العقارين بالمعنى المقصود فى الشفعة ، فإن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المصرف لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل هى تظل جزءاً من العقار . فالحكم الذى يعتبر وجود مثل هذا المصرف مانعاً من التلاصق المشترط فى الشفعة ، لمجرد تحمله بحق الارتفاق لاغير مما يستحيل معه إزالته ، يكون خاطئاً (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢) .

يشملها البيع . فإن التلاصق لا يتحقق [1] . وقد يفتح ذلك باب التحايل لمنع الشفعة . فيقتطع البائع من الأرض المبيعة شريطا هو الملاصق للعقار المشفوع به والممتد على طول حده المجاور . فيحتفظ بملكيته ولايدخله فى البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه . أو يهبه للمشترى منعا للشفعة أيضا . وقد أجاز هذا النوع من التحايل بعض فقهاء الشريعة الإسلامية . بدعوى أن الشفعة حق ضعيف [2] . ولكن الصحيح أن التحايل على القانون لا يجوز ، فإذا فعل البائع شيئا من ذلك ، جاز للشفيع أن يثبت التحايل بجميع طرق الإثبات ، ومتى كشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة [3] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٥٥ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ٢٤ ص ٢٣٢ .

(٢) أنظر أيضاً فى معنى جواز التحايل : استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٥٩ – دشنا ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص٥٢٣ – استئناف مختلط ١٤ نوفبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر . فإذا ما أجيز التحيل لإبطالها ، كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع بلحوق الضرر الذى قصد إبطاله ، فكل تحيل لإبطال الشفعة لايصح للمحكم أن تقره بوجه من الوجوه . واستخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشترى قد أراد بتجزئة الصفقة التى اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة . هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون ، وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سببه عليه ، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التى أوردها ، فإن النعى عليه بالقصور أو مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨) – وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يمنع الشفعة أن يترك البائع جزءاً من الأرض المبيعة لا يدخله فى البيع تحايلا لإسقاط الشفعة (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥) – وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف وطنى أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ٩ – استئناف مصر ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص٩٣٥ – استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ – ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٥ – ٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٤١ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ – ٣ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٨ – محمد كامل مرسى ٣ ص ٢٤٢ – ص ٢٤٧ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٨ – إسماعيل غانم ص ٧٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٢٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٢ ص ٣١٦ – حسن كيرة ص ٦ .

فاذا كان العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متلاصقين على النحو الذى فصلناه ، فإنه يكفى لتحقق التلاصق أن يكون قائما بين العقارين بأى امتداد مهما صغر ، ولو كان بشبر واحد . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لما كان الشارع قد استمد شفعة الجار من فقه الحنفية مكملا مما أورده فى النص من شروط . وكان الرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفى ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة . لما كان ذلك ، فإنه يكون مخالفا للقانون وللمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الجار أن يضيف الحكم إلى القيود التى أوردها النص قيدا لم يرد فيه ، بأن يشترط لثبوت شفعة الجار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، فى حين أن المقرر فى قواعد التفسير ألا مساغ للاجتهاد فى مورد النص وأن المطلق يجرى على إطلاقه [1] .

والتلاصق ، بأى امتداد مهما صغر ، يكفى أيضا أن يكون من جهة واحدة ما دام العقار بناء أو أرضا معدة للبناء . والمعتاد أن يكون التلاصق أفقيا ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية ، أى يكون إلى جانبه فى أية جهة من جهاته . ولكن يجوز مع ذلك أن تكون الملاصقة رأسية لا أفقية . فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه

---

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - وانظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤١٩ - ص ٤٢٠ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٥ ص ٣٤٨ وفقرة ٢٥٧ ص ٣٥٢ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٥ ص ٤١٢ - إسماعيل غانم ص ٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٦ - حسن كيرة ص ٥ .

وانظر رأياً مخالفاً يذهب إلى أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه ، وأن القاضى هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ وفقرة ٢٢٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٧ - ٢٧ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢٠٧ . وعيب هذا الرأى واضح ، فهو يفتح الباب للتحكم ، ولاشك فى أنه إذا أعطى للقاضى حق تقدير متى يكون الامتداد كافيا فإن الأنظار تختلف فى ذلك ، وقد تعطى الشفعة محكمة وتمنعها محكمة أخرى . ولذلك رجعت محكمة الاستئناف المختلطة عن هذا الرأى ، واكتفت بأى تلاصق مهما صغر (استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٦١)

أو فى أسفله . وهذا يتحقق فى ملكية الطبقات [1] . ففى البناء ذى الطبقات المتعددة المملوكة لملاك مختلفين . تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التى تليها فى أعلاها . وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل فى أعلاها كذلك . وهكذا . فيجوز إذن أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات فى الطبقة التى هى فوقه مباشرة وفى الطبقة التى هى تحته مباشرة . لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين : الطبقة الأعلى فى أسفلها والطبقة الأدنى فى أعلاها [2] . بل إن صاحب الطبقة وهو الجار الرأسى أولى بالشفعة من الجار المعتاد وهو الجار الجانبى . إذ أن الأول يرجح الثانى بأنه فوق ملاصقته للعقار المشفوع فيه شريك أيضا فى الشيوع فى الأجزاء المشتركة للعقار كالسلم والباب الخارجى والفناء وما إلى ذلك [3] . بل إننا نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقيم شفعة أصحاب الطبقات لا على مجرد الجوار الرأسى ، ولكن أيضا على الشركة فى الشيوع . ذلك بأن أبنية الطبقات تقوم كلها على الأرض ، والأرض تعتبر ملكا شائعا لجميع ملاك الطبقات ، وتنص المادة ٨٥٦ / ١ مدنى صراحة فى هذا المعنى على أنه « إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض » . فصاحب الطبقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة فى

---

(١) وقد نصت المادة ١١٣٠ / ٢ مدنى عراقى على ما يأتى : « وإذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين ، أعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر » .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ هامش ١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ – وترتيباً على ذلك إذا أقيم بناء على أرض وكانت الأرض والبناء مملوكين لمالكين مختلفين ، فان لكل منهما أن يشفع فى عقار الآخر ، فإذا بيع البناء شفع فيه صاحب الأرض ، وإذا بيعت الأرض شفع فيها صاحب البناء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . وترتيباً على ذلك أيضاً ، إذا انهدم العلو الذى له حق القرار على السفل ، فان حق القرار نفسه يكون عقاراً ملاصقاً للسفل ، فإذا بيع حق القرار هذا شفع فيه صاحب السفل ، وإذا بيع السفل شفع فيه صاحب حق القرار (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ ص ٢١٥) . وترتيباً على ذلك أخيراً ، إذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، وبيعت الطبقة الوسطى شفع فيها كل من صاحب الطبقة العليا وصاحب الطبقة السفلى ، أو بيعت الطبقة العليا أو الطبقة السفلى شفع فيها صاحب الطبقة الوسطى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ ص ٢١٦) .

(٣) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٣٤ .

الأرض التي أقيمت عليها طبقته . فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض ، في الطبقة التي بيعت [١] . والشيوع هنا أقوى من الشيوع العادي . فهو شيوع إجباري لا يستطيع الشركاء أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره ، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصا جزئيا . وإذا أخذ بوجهة النظر هذه ، ترتب على الأخذ بها أن صاحب الطبقة يكون شفيعا في كل الطبقات الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لطبقته فهو لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا ، وإنما يشفع باعتباره شريكا في الشيوع في الأرض التي أقيمت عليها الطبقات [٢] .

١٨٦ — الحالة الثانية للجوار — الأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق لأرض الجار: وفي هذه الحالة نواجه أراضي غير مبنية وغير معدة للبناء ، وهي — أكثر ما تكون — أراض زراعية . ويجب بادئ ذي بدء ، لجواز الأخذ بالشفعة هنا ، أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين . وقد بسطنا القول في شرط التلاصق في أراضي البناء ، وينطبق هنا ما قلناه هناك .

ولا يكفي التلاصق هنا ، وكان يكفي في المباني وفي الأراضي المعدة للبناء كما سبق القول . بل يجب في هذه الحالة الثانية أن تكون هناك صلة أخرى بين الأرضين فوق التلاصق ، هي أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها ، أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها [٣] . فيترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق في

---

(١) ولعل هذا المعنى يمكن أن يستفاد مما دار من المناقشة في لجنة الأستاذ كامل صدقي ، إذ « أشار الرئيس إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة . فوافقت اللجنة على هذا الرأي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في الهامش) .

(٢) قرب من هذا الرأي محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ — وقد نصت المادة ٢٣٩ (٦) من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يثبت الحق في الشفعة . . . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق » .

(٣) ولا يشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق في حدين أو أن تكون للأرض المشفوع بها قيمة معينة ، فإن قيام حق الارتفاق وحده يغني عن كل ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لقيام الحكم القاضي بالشفعة أن يثبت جوار الشفيع في حد واحد بقطعة أرض عليها حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، دون الاعتداد في هذه الحالة بنسبة قيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوع فيها (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

الفرضين . وإما أن تتخلص الأرض المشفوع بها مما عليها من حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها في الفرض الأول . أو تتخلص الأرض المشفوع فيها من حق الارتفاق الذى عليها للأرض المشفوع بها فى الفرض الثانى [١] . وفائدة الشفيع فى أن تتخلص أرضه من حق الارتفاق الذى عليها فى الفرض الأول واضحة . وكذلك له فائدة فى أن يزول حق الارتفاق الذى لأرضه على الأرض المشفوع فيها فى الفرض الثانى . إذ يصبح مالكا للأرض المرتفق بها وتزول أسباب النزاع التى تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى [٢] .

وحق الارتفاق الذى يكون لأرض على أخرى . فيسوغ الأخذ بالشفعة . قد يكون مصدره الاتفاق . فيجوز الاتفاق بين صاحبي أرضين متلاصقتين على أن يكون لإحداهما حق ارتفاق على الأخرى . كارتفاق بالشرب

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يسوى فى ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها أو للأرض المشفوع بها . فلا جدوى من الطعن فى الحكم بمقولة إنه أخطأ فى التقرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفيع على الأرض المشفوع فيها ، فى حين أن الثابت هو أن حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها على أرض الشفيع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ه رقم ٣١٠ ص ٦١٥) .

(٢) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٦ – وقد حاول بعض أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقى اشتراط أن يكون حق الارتفاق الذى يبيح فيه الأخذ بالشفعة ذا أهمية حيوية . فعندما استطرد رئيس اللجنة قائلا إن الأمر يقتضى بحث الفقرة (ب) التى تقرر حق الشفعة للجار فى حالة وجود حق ارتفاق ، وطلب إلى الأعضاء الإدلاء بملاحظاتهم بشأن هذه الفقرة ، قال أحد الأعضاء « إن كثيراً من حقوق الارتفاق غير ذى أهمية ، لذا فالرأى عنده أن يقصر منح حق الشفعة على الحالات التى يوجد فيها حق ارتفاق على جانب من الأهمية عظيم » . وأضاف عضو آخر « أنه لما كان مرد حق الشفعة فى هذه الحالة مصلحة اقتصادية ، فمن المتعين أن يكون حق الارتفاق الذى يستند إليه الشفيع فى استعمال حقه فى الشفعة ذا أهمية حيوية . وساق لذلك مثلا حق ارتفاق الشرب والمسيل» . وأيد عضو ثالث هذا الرأى « مقترحا النص على أن يكون حق الارتفاق هاما أو ذا منفعة جدية » . وتساءل أحد الأعضاء «عما إذا كان المراد استبعاد حقوق الارتفاق فى المدن . وقصر حق الشفعة على حالات الارتفاق فى القرى » . فأجاب رئيس اللجنة « بأنه لا محل لهذه التفرقة . بل لا محل فى رأيه للتمييز بين حقوق الارتفاق تبعاً لأهميتها . إذ أن هذا التمييز سيكون مصدراً لمنازعات وصعوبات جمة ، إذ سيطلب من القضاة تقدير أهمية حق الارتفاق فى حالات الشفعة هذه ، والواقع أن قيمة حق ارتفاق كاف فى ذاته » . فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٨ فى الهامش) .

أو بالمجرى أو بالصرف أو بالمرور [١] . وقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك الأصلي [٢] أو التقادم . وأيا كان المصدر فثمة حق ارتفاق يجيز الأخذ بالشفعة . ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التي تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر . وقد سبق بيان هذه القيود تفصيلا عند الكلام في القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . فالقيود المتعلقة بالري من شرب ومجرى ومسيل . والقيود المتعلقة بالمطلات المواجهة أو المنحرفة ، وحق المرور القانوني ؛ كل هذه قيود قانونية . وقد رأينا أن هناك رأيا يذهب إلى أنها حقوق ارتفاق قانونية . وأيا كان تكييفها . وسواء اعتبرت قيودا قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية ، فإن قيام أي منها يسوغ الأخذ بالشفعة [٣] .

ولا مانع من أن يتحقق التلاصق بين العقارين في نفس المكان المقرر عليه حق الارتفاق [٤] . كذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع بها لمصلحة الأرض المشفوع فيها مقررا مثله أيضا

(١) وقد قضى بجواز الأخذ بالشفعة متى كان كل من صاحبي الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التي اتفقا على عملها على حسابهما ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها ، فإن كلا منهما في انتفاعه بالمرور إنما يستعمل حق ملكيته في النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) .

(٢) وقد قضى بأن ري عقارين من مسقاة واحدة أنشئت بتخصيص المالك الأصلي ، وقيام حق ارتفاق بالري بعد تقسيم العقارات ، من شأنه أن يسوغ استعمال حق الشفعة بأحد العقارين في العقار الآخر (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١) .

(٣) أنظر في هذا المعنى عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٥ – ٤١٦ .

(٤) وقد قضى بأنه لا يوجد قانوناً ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذي يتوافر به الجوار (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضى أيضاً بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسقاة الخاصة الفاصلة بين أرض الشفيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للاثنين ، مما يفيد أن حق ارتفاق الري المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التي يدخل فيها نصف المسقاة ، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون (نقض مدني ٢٣ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ – وانظر في المعيار الذي يؤخذ به لمعرفة ما إذا كانت الترعة ترعة عامة أو ترعة خاصة نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٣ – وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٤٢ ص ٤٢٦ .

لمصلحة أراض أخرى . وإذا كان هناك حق صرف أو حق مرور مثلا مقرر لمصلحة عدة أراض على أرض الشفيع . وبيعت إحدى هذه الأراضي . فإن للشفيع أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . ولا يمنعه من ذلك أن حق الارتفاق يبقى قائما على أرض الشفيع لمصلحة الأراضي الأخرى التي لم يجر بيعها . ذلك أن الشفيع . إذا لم يتخلص في هذه الحالة من حق الارتفاق تخلصا كليا . فقد تخلص منه تخلصا جزئيا . وهذه على كل حال خطوة نحو التخلص منه نهائيا . وكذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع فيها لمصلحة الأرض المشفوع بها مقررا مثله لمصلحة أراض أخرى . فإن الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أيضا . إذا كان لا يقضي حق الارتفاق قضاء كليا . فهو على كل حال خطوة نحو تحقيق ذلك [1] .

وإذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها . وكان المبرر للأخذ بالشفعة في هذا الفرض هو قضاء حق الارتفاق. فإن هذا المبرر يزول إذا نزل المشتري عن حق الارتفاق لمصلحة الشفيع . فاذا كانت الأرض المشفوع بها محملة بحق مرور مثلا لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فإن المشتري لهذه الأرض الأخيرة ، وقد انتقل إليه حق المرور مع الأرض المبيعة . يستطيع أن ينزل عن هذا الحق فيزول ، ولا يعود هناك مبرر للشفيع في الأخذ بالشفعة . فيسقط حقه في ذلك [2] . والمقرر في هذا

---

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن اشتراك الغير في الانتفاع بحق الارتفاق الذي للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يحرم الشفيع من التمسك بحق الارتفاق للمطالبة بالشفعة ، لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على الأرض المشفوع فيها مقرراً لمصلحة أرض الجار دون غيره ، أو أن يكون حق الارتفاق الذي على أرض الجار مقرراً لمصلحة الأرض المشفوع فيها وحدها (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . وانظر أيضاً نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢ – استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) - وانظر أيضاً في هذا المعنى محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ وفقرة ٢٣٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ – وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف وطني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ – ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٣١٥ - استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ –

الشأن أن نزول المشترى عن حق الارتفاق لا يكون له هذا الأثر إلا إذا وقع قبل رفع دعوى الشفعة . فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد لنزول المشترى عن حق الارتفاق من أثر ، لأنه لا يستطيع بعمله وحده أن يغير من النتائج القانونية التي تترتب على رفع الدعوى فيحرم الشفيع من حق الشفعة . وهو حق أقره له القانون وقام هو بالمطالبة به (١) . وهناك رأى يذهب إلى أن نزول المشترى عن حق الارتفاق ينتج أثره ويسقط حق الشفيع حتى لو وقع بعد رفع دعوى الشفعة . بشرط أن يقع قبل صدور الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشترى ، إذ يشترط للأخذ بالشفعة أن يظل سببها قائماً من وقت صدور البيع إلى أن يحكم بها أو يسلم بها المشترى (٢) . وعندنا أن حق الشفيع يثبت بمجرد

= ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ .

وقد اكتفى فى لجنة الأستاذ كامل صدقى بما استقر عليه القضاء فى هذا الشأن . إذ لما استفسر أحد الأعضاء « عما إذا كان من المستحسن أن يضاف إلى النص الذى تمت الموافقة عليه ما يفيد سقوط حق الشفعة فى حالة التنازل عن حق الارتفاق قبل رفع الدعوى ، ولفت النظر إلى حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ مارس سنة ١٩٢١ جاء فيه أن تنازل المشفوع ضده أثناء سير الدعوى عن حق الارتفاق المقرر له على أرض الجار لا يترتب عليه رفض طلب الشفعة » ، قال رئيس اللجنة إنه يرى إدخال هذه الإضافة . « وبعد مناقشة استقر رأى اللجنة على عدم الأخذ بها ، اكتفاء بالرأى الذى جرى عليه القضاء فى هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٩ فى الهامش) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن البحث فيما إذا كان التنازل بعد رفع الدعوى عن حق الارتفاق يسقط حق الشفعة أو لا يسقطه مجاله أن يكون هذا التنازل قد تم وفقاً للقانون . ولا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقاً للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقاً لقانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذى حصل التنازل وقت سريانه . ولا يغنى عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفاق فى الدعوى بعد رفعها (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٤ ص ١٢٠١) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - ص ٤١٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - ص ٣١٩ .

إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ، وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشترى فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة. وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريرا لما تم من أثر قانونى ترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. ومقتضى هذا النظر أن نزول المشترى عن حق الارتفاق لا يكون له أثر فى إسقاط حق الشفيع إلا إذا صدر قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة [1] .

١٨٧ – الحالة الثالثة للجوار – أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل :

وهنا أيضا نواجه أراضى غير مبنية ولا هى معدة للبناء . وهى أكثر ما تكون أراضى زراعية . وقد حل محل شرط قيام حق الارتفاق ، الواجب توافره فى الحالة الثانية ، شرطان يجب توافرهما فى هذه الحالة الثالثة : (١) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين . (٢) كون أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة . ونبحث كلا من هذين الشرطين :

(الشرط الأول) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين : لا يكفى هنا ، فى هذه الحالة الثالثة كما كان ذلك كافيا فى الحالتين الأولى والثانية ، ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهة واحدة ، بل تجب الملاصقة من جهتين . وهذا من شأنه أن يوثق صلة الجوار ما بين الأرضين ويقوم ، إلى جانب قيمة أرض الشفيع ، مقام حق الارتفاق فى توثيق صلة

---

(١) أما إذا كانت الأرض المشفوع بها هى التى لها حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها ، وعرض المشترى أن ينهى حق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التى يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه ، فإن ذلك يجوز ، ولكن بشرط ألا يطلب المشترى مقابلا للأرض التى ينزل عنها للشفيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الشفعة سببا لكسب الملكية وتثبت متى توافرت لدى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بها ، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشترى التنازل عن أرض المسقاة التى يدعى الشفيع أن له ارتفاقا عليها مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع ، إذ لا سند فى القانون لإجبار الشفيع على قبول هذا العرض (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧٠٨ رقم ١٧) .

الجوار في الحالة الثانية . فالملاصقة من حد واحد إذن لا تكفي ، ولو كانت في نقطتين من هذا الحد [(١)] . بل ولو كانت على طول هذا الحد الواحد بأكمله [(٢)] .

فيجب إذن أن تكون الملاصقة من جهتين أو من حدين [(٣)] . والمقصود بالجهة أو الحد جهة من الجهات الأصلية الأربع : الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب . وليس يلزم أن تكون الجهتان الواجب الملاصقة فيهما متجاورتين ، بل يصح أن تكونا غير متجاورتين . فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب ، يجوز أيضاً أن تكون من الشرق والغرب

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ – قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ – وقد قضى بأنه إذا كان الشفيع جاراً من حد واحد منكسر أو منحن ، فإن هذا لا يغير من وضعه من أنه جار من حد واحد فقط ، وإن كانت الملاصقة في نقطتين من نفس الحد (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ – ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نازع المشترى في جوار ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين ، فقضت محكمة الموضوع بعدم جدية هذه المنازعة استناداً إلى إقرار المشترى الوارد بعقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاور القدر المبيع من الحدين الشرقي والغربي ، وإلى تسليم المشترى بهذا الجوار في صحيفة دعوى التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها ، وإلى عقد شراء الشفيع لأطيانه التي تجاور الأرض المشفوع فيها من حدين ، فان هذه الدلائل التي أوردها الحكم كافية لحمل قضائه على هذا الخصوص (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٤ ص ٥٠٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلى والشرقى مثلا) ، بمقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقد – فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ – ويلاحظ في شأن هذا الحكم أمران : (١) ما سبق أن ذكرناه في الجزء الرابع من الوسيط من أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٨ . (٢) يبدو من وقائع القضية أن الشفيعة قد شفعت بأرضين يجاور كل منهما الأرض المبيعة في حد واحد ، وكان يكفي أن ترفض دعوى الشفعة لهذا السبب ، إذ أن الشفيعة يجب أن تشفع بأرض واحدة تجاور الأرض المبيعة في حدين كما سبق القول) .

أو من الشمال والجنوب[1] . وتكفى الملاصقة ، فى كل من الحدين ، فى نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد ، فلا يلزم أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه [2] . والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة ، فإذا لاصقت الأرض المبيعة أرض الشفيع فى جهتين منها فقد توافر الشرط ، حتى لو كانت الملاصقة فى جهة واحدة فقط من الأرض المبيعة [3] .

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٢) أنظر ما قدمناه آنفاً فى الملاصقة فى أراضى البناء فقرة ١٨٥ - وانظر نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٣٠ - وانظر عكس ذلك وأن الملاصقة يجب أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن المادة الأولى من قانون الشفعة (المادة ٩٣٦ من التقنين المدنى الجديد) بنصها على جواز الشفعة « إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل » قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة فى تقرير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض المبيعة ، إذ هى قد أسندت الملاصقة إلى أرض الشفيع ، واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساوياً نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل . وهذا وذاك يقطعان فى أن الشارع قد ركز اهتمامه فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المبيعة ، مما يقتضى القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضاً وصف وارد على أرض الشفيع لا على الأرض المبيعة . ويؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار ، ومقتضى هذا أن هذا الجار المقصود درء الضرر عنه هو الذى تكون جيرته محل الاعتبار (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - وقد جاء فى أسباب هذا الحكم : « ومن حيث إن المطعون ضده الأول (الشفيع) والطاعنين (المشفوع ضدهم) قد اختلفوا فى تحديد جوار الملكين ، الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها . فالأول يقول إن أرضه تحد الأرض المشفوع فيها من جهتين هما الحد الغربى والحد القبلى ، والآخرون يقولون إن أرضهم هى التى تحد الأرض المشفوع بها من جهتين الشرقية والقبلية ، أما ارض المشفوع بها فإنها تقع فى الزاوية البحرية الشرقية للأرض الشائع فيها المقدار المشفوع فيه ، أى أن حدها من هذه الناحية منكسر ، وهى بهذا الوضع لا تحد الأرض المشفوع فيها إلا من جهة واحدة هى إما الجهة البحرية أو الجهة الشرقية . . ومن حيث إنه يبين من أوراق الدعوى المقدمة من الطاعنين أنفسهم أن أرض الشفيع تجاور الأرض المشفوع فيها من جهتين هما كل الحد الغربى لأرض الشفيع وكل حدها القبلى ، فتكون الشفعة فى هذه الحالة جائزة ») - وأنظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٢ -

ويجب أن يلاصق الشفيع . فى حدين من حدود أرضه الواحدة ، الأرض المبيعة . فلو لاصقها فى حد واحد من حدود أرض مملوكة له ، وفى حد واحد آخر من حدود أرض أخرى مملوكة له ، لما جازت الشفعة . إذ يجب لجوازها أن يلاصق الشفيع بأرض واحدة — لا بأكثر — الأرض المبيعة ، ويلاصقها فى حدين من حدود الأرض الواحدة التى يشفع بها [1] على الوجه الذى سبق بيانه .

(الشرط الثانى) كون أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة : وقد كان هذا الشرط غير مطلوب فى التقنين المدنى السابق . فكان بعض الناس يضاربون عن طريق المطالبة بالشفعة . فيشترون قطعا صغيرة من الأرض فى وسط أراض واسعة . ويتربصون . حتى إذا بيعت أرض مجاورة لأرضهم الصغيرة أخذوا يهددون أصحاب الشأن بأن يطلبوا الأرض المبيعة بالشفعة ، ثم يساومون ويتنزلون عن حق الشفعة فى نظير مبلغ من المال [2] . فاشترط قانون الشفعة السابق أن تكون أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة ، للحد من هذه المساومات والمضاربات . وانتقل هذا الشرط إلى التقنين المدنى الجديد [3] .

= أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ – ص ٢٢١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ – ص ٤١٨ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بأرض مملوكة له ، ويجاورها من جهة أخرى بأرض غير الأرض الأولى بصفته شريكاً فى الشيوع فيها ، فلا شفعة ، لأن الشفعة ، لا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفيع بعقارين منها (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٢٤) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٩ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ – ص ٤٣٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٩ – حسن كيرة ص ٧ – ص ٨ .

(٢) وقد أشير إلى هذه المساومات فى لجنة الأستاذ كامل صدقى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦١ فى الهامش) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٢ – ص ٢٢٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، لأن هذا هو الوقت الذى يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة بما فيها قيمة أرض الشفيع (١) . أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة . فالعبرة بالثمن الحقيقى الذى بيعت به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية . لأن هذا هو صريح النص . ولأن هذا هو الثمن الذى يجب على الشفيع تقديمه للأخذ بالشفعة (٢) . أما مساحة كل من الأرضين فلا يعتد بها . فقد تكون مساحة أرض الشفيع ضعف مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذى اشتريت به الأرض المبيعة . فلا يجوز فى هذه الحالة الأخذ بالشفعة (٣) .

وإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة فى أرض مجاورة للأرض المبيعة ، فالعبرة بقيمة كل الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة ؛ لأن الأرض المشفوع بها تكون فى هذه الحالة هى كل الأرض الشائعة (٤) . أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء فى الشيوع دون الباقى ، فالعبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها لا بقيمة كل الأرض ؛ لأن هذه الحصة الشائعة تكون فى هذه الحالة هى الأرض المشفوع بها (٥) .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٣٠٤ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ – ص ٤١٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٣٢٠ – حسن كيرة ص ٧ – وهناك رأى يذهب إلى أن العبرة بالقيمة الحقيقية للأرض المبيعة ، لا بالثمن الذى اشتريت به (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٣١ ؛ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ .

(٥) استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ – حسن كيرة ص ٧ – وانظر عكس ذلك وأن العبرة بقيمة كل الأرض الشائعة ولو لم يطلب الشفعة إلا أحد الشركاء فى الشيوع : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ .

(ب) الشروط الواجب توافرها فى الشفيع

١٨٨ – بيان هذه الشروط : يجب ، حتى يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة ، أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

(١) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة [1] .

(٢) أن يكون متوافرا على الأهلية الواجبة .

(٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه .

(٤) ألا يكون وقفا .

١٨٩ – الشرط الأول – الشفيع مالك للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة : يجب أولا أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به [2] . فإن كان يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر [3] ، وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع أو لرقبة العين المحتكرة أو لحق الحكر . وإن كان يشفع بحصة شائعة فى عقار مملوك على

---

(١) وتنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٣٣ مدنى عراقى على ما يأتى : « ١ – لاتثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع . ٢ – ويشترط فى المال المشفوع أن يكون عقاراً مملوكاً ، وأن يكون بيعه قد تم قانوناً . ويشترط فى العقار المشفوع به أن يكون ملكاً للشفيع وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبقى مملوكاً له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضى عليها » – وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على ما يأتى : « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين فى المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقاً لتاريخ سند المشترى » .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٤ ص ٥٤٩ .

(٣) ويلاحظ أن من يشفع برقبة فى حق انتفاع أو فى حق حكر ، ومن يشفع بحق انتفاع أو بحق حكر فى رقبة ، يجب أن يكون مالكاً للرقبة أو حق الانتفاع أو حق الحكر . وكذلك الشريك فى الشيوع يجب أن يكون مالكاً لحصة شائعة فى الملك التام أو فى الرقبة أو فى حق الانتفاع أو فى حق الحكر . أما الجار ، فيجب أن يكون مالكاً للعقار المشفوع به ملكية تامة ، أو على الأقل يملك رقبته ، إذ النص يقول « للجار المالك » . فلا تثبت الشفعة لصاحب حق انتفاع أو لصاحب حق حكر فى العقار المجاور ، ولكن تثبت الشفعة للجار المالك ملكية تامة أو للجار الذى له ملك الرقبة كما قدمنا (أنظر فى هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ – حسن كيرة ص ٧) – ولكن يجوز للجار المالك أن يشفع فى حق الانتفاع أو فى حق الحكر المجاور له (أنظر ما يلى فقرة ١٩٥) .

الشيوع ، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة أى أن يكون أحد الشركاء فى الشيوع . وإن كان يشفع بعقار مجاور فى إحدى حالاته الثلاث المتقدم ذكرها ، وجب أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور .

وملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة . وأهم ما يعرض فى العمل فى هذا الصدد أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع . فيجب أن يكون هذا البيع موجودا وسابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة . فمجرد المفاوضات بين الشفيع والبائع له لا تكفى إذا لم يتم البيع [1] . وتمام البيع نفسه لا يكفى ، بل يجب أيضا أن يكون هذا البيع مسجلا ، حتى تنتقل إلى الشفيع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به [2] ،

---

(١) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ – ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ – ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٢ ص ٧٩ – استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٠٣ – استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٣ ص ٦٦٦ – الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩١ ص ١٤٠ .

(٢) أما قبل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فكانت الملكية تنتقل بالبيع غير المسجل فيما بين المتعاقدين ؛ ولما كان المشفوع ضده لا يعتبر من الغير فى عقد البيع الذى تملك به الشفيع العقار المشفوع به ، فإن الشفيع كان يعتبر مالكاً بالنسبة إلى المشفوع ضده حتى قبل أن يسجل عقد شرائه للعقار المشفوع به ، فكان يجوز له الأخذ بالشفعة ولو لم يسجل (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٥ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ – الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩١ ص ١٤٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٤ ص ٢٥١ – ص ٢٥٧) .

ولكن بعد صدور قانون التسجيل ثم قانون الشهر العقارى ، وفيهما لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ، اجمع القضاء والفقه على أن الشفيع لايجوز له الأخذ بالشفعة إذا لم يكن عقده مسجلا (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٤ – ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ١٤٥ – ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ – ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ – ٨ نوفبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ – أسيوط الكلية ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧١ ص ١١٣ – ملوى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٤٤ ص ٩٩ – استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ – ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ – ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٨١ – ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ – ٢٦ يونيه –

وأن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة [١] .
وقد اطرد قضاء محكمة النقض على أنه إذا لم يكن عقد شراء الشفيع للعقار المشفوع به مسجلا وقت البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة ، فإن الشفعة لا تجوز حتى لو كان شراء الشفيع سابقا على البيع المشفوع فيه وسجل الشفيع عقد شرائه قبل تسجيل هذا البيع [٢] . ولا تأخذ محكمة النقض بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين [٣] ، ولو أخذت به . كما نأخذ ، لتبين أن الشفيع بعد أن سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار المشفوع به – بالنسبة إلى من لا يعتبر غيرا فى هذا العقد ويدخل فيهم المشترى للعقار المشفوع فيه – من وقت شراء العقار المشفوع به لا من وقت تسجيل هذا الشراء . فيكون الشفيع ، بفضل هذا الأثر الرجعى ، مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، حتى لو سجل المشترى المشفوع ضده هذا البيع قبل أن يسجل الشفيع عقد

= سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٥ – إسماعيل غانم ص ٧٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ – حسن كيرة ص ١٠) . وانظر عكس ذلك وأنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده : عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٦٦٣ ص ٦٥٧ وفقرة ٦٨٩ ص ٦٧٩ – ص ٦٨٠ .

(١) نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ – ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ – وعلى الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت صدور البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) .

(٢) فلو كان الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل ، ورفع الشفيع على البائع له دعوى بصحة التعاقد وسجل صحيفة الدعوى ، وصدر الحكم بصحة التعاقد ، ثم صدر البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد ، لم يجز للشفيع الأخذ بالشفعة ، لأن الحكم بصحة التعاقد لم يسجل قبل صدور البيع المشفوع فيه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ – ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٦ – إسماعيل غانم ص ٧٦ – عبد المنعم فرج الصدة ٢٩٥ ص ٤٣٤ – ص ٤٣٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٢) .

(٣) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ – ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ١٤٥ – ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ – ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ – ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

شرائه . فيجوز إذن . فى رأينا ، للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقد شرائه للعقار المشفوع به البيع المشفوع فيه . على شرط أن يسجل عقد شرائه [١] . أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة .

ولا يكفى أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، بل يجب أيضا أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة [٢] . فلو أنه . مابين وقت صدور البيع المشفوع فيه ووقت ثبوت

---

(١) وهذا ما سبق لنا القول به عند الكلام فى عقد البيع ، فقد قررنا فى هذا الصدد ماياتى : « نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعى ، لاعتبر المشترى مالكاً للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى – وهذا ما فعلته محكمة النقض – فإن المشترى لا يعتبر مالكاً للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشترى الحق فى الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشترى العقار المشفوع به ، فقد كان مالكاً لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولاشك فى أنه بين المالكين المتعاقبين – البائع للعقار المشفوع به والمشترى إياه – المشترى هو الباقى مجاوراً للعقار وهو الأولى بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة فى هذه الحالة لاتكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتهيأت الأسباب لكسبه » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٨) . وقد ناقشنا طويلا ، عند الكلام فى البيع ، الرأى القائل بأن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين دون الغير ، وانتصرنا لهذا الرأى ، واستندنا فى ذلك إلى جملة من الحجج تدعمه ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ – فقرة ٢٨٦) . وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٣ هامش ٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢١ هامش ٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أحدث المشترى لأرض بعقد غير مسجل بناء على الأرض ، أصبح هذا البناء ملكاً له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله من حق البناء على سبيل البقاء والقرار ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً لبناء (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه لو صح ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن المشترى يشفع بالبناء – لا بالأرض – لوجب أن يكون البناء نفسه هو الملاصق للعقار المشفوع فيه ، ولايكفى أن تكون الأرض هى الملاصقة .

(٢) وثبوت حق الشفيع فى الشفعة ، بحسب قضاء محكمة النقض ، إنما يكون بصدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة ، أو من وقت التراضى على الأخذ بالشفعة أى من وقت تسليم المشفوع ضده للشفيع بالشفعة . وفى رأينا أن الشفيع يثبت حقه فى الشفعة ، إذا توافرت =

حقه فى الشفعة ، باع العقار المشفوع به أو وهبه فلم يعد مالكا له (١) ، أو وقفه فأصبح لا يستطيع أن يشفع بالعقار الموقوف (٢) كما سيجىء ، أو انفسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به بتحقق شرط فاسخ مثلا ، أو انقطع التلاصق ما بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فلم يعد الشفيع جارا يجوز له الأخذ بالشفعة(٣) ، أو انقسم العقار المشفوع به وكان حصة شائعة فأصبح عقارا مفرزا لا يلاصق العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به على الوجه الذى يصح معه الأخذ بالشفعة تكون قد انقطعت قبل أن يثبت حقه فى الشفعة ، فلا يستطيع المضى بعد ذلك فى إجراءات الأخذ بالشفعة إذ يكون حقه فيها قد سقط (٤) .

ويجب أن تكون ملكية الشفيع ، من وقت البيع المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة على النحو الذى قدمناه ، ملكية قائمة . فلو لم تكن قائمة ، فلا شفعة . ويترتب على ذلك أن الشفيع ، إذا كان يملك العقار المشفوع به بالتقادم ولم تكن مدة التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه ، لا يحق له الأخذ بالشفعة ، حتى لو اكتملت هذه المدة قبل الأخذ بالشفعة (٥) . كذلك

= شروطها ، من وقت إعلان رغبته فى الأخذ بها . فبهذا الإعلان تكون عناصر الأخذ بالشفعة قد تكاملت ، وحل الشفيع محل المشترى فى البيع المشفوع فيه . وليس الحكم بثبوت الحق فى الشفعة ، أو التراضى على ثبوت هذا الحق ، إلا تقريراً لما تم قبل ذلك وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى الحكم بالشفعة .

(١) فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر ، وكذلك من انتقلت إليه الملكية من مشتر أو موهوب له لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكاً وقت صدور البيع المشفوع فيه (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٤ – إسماعيل غانم ص ٧٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ – ص ٤٣٩ .

(٤) نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ – إسماعيل غانم ص ٧٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ – حسن كيرة ص ٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به ، ولا يكفى أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٢ ص ١٦٢) . وانظر محمد كامل =

لا شفعة إذا كان سند الشفيع فى ملكية العقار المشفوع به عقدا صوريا أو عقدا باطلا ، فإن كلا من العقدين لا وجود له حتى لو سجل . ولا يكون من شأنه أن يجعل الشفيع مالكا للعقار المشفوع به [1] . ولا شفعة أيضا إذا كان سند الشفيع فى ملكية العقار المشفوع به بيعا معلقا على شرط واقف ولو سجل ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تكون موقوفة . ولا يتغير الحكم حتى لو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة ، فإن ملكية الشفيع كانت موقوفة غير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه . ولا يعتد هنا بالأثر الرجعى للشرط الواقف ، فإن هذا الأثر الرجعى مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له فى نطاق الشفعة [2] . وقد قدمنا أنه لا تجوز الشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل وقت صدور البيع المشفوع فيه ، فإن السند غير المسجل لا يجعل الشفيع مالكا للعقار المشفوع به .

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به بيعا معلقا على شرط فاسخ . فإن هذا البيع إذا سجل تنتقل به ملكية العقار المشفوع به إلى الشفيع معلقة على شرط فاسخ ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة بها . وكان المشترى للعقار وفاء ، وقت أن كان بيع الوفاء جائزا ، إذا سجل البيع ، يجوز له الأخذ بالشفعة لأنه يكون مالكا تحت شرط فاسخ [3] . ولا تجوز الشفعة للبائع

= مرسى ٣ فقرة ٢٦٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٣ – إسماعيل غانم ص ٧٦ – ص ٧٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢١ – وانظر عكس ذلك عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٤٨٠ ص ٦٧٢ .

(١) عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٧ – إسماعيل غانم ص ٧٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ – حسن كيرة ص ١١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ (فيما يتعلق بالعقد الباطل) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٠ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٣ ص ٤٦٦ – إسماعيل غانم ص ٧٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ – ص ٤٣٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ – حسن كيرة ص ١١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان سند ملكية الشفيع هو عقد بيع وفائى رفعت دعوى ببطلانه لما يفصل فيها ، فلا يكون الحكم له بالشفعة مخالفا للقانون ، لأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشترى ينتفع بسائر حقوق الملاك ، ومن ثم يثبت له حق الشفعة من تاريخ تسجيل =

وفاء لأنه يصبح مالكا تحت شرط واقف . وإذا أخذ المالك تحت شرط فاسخ بالشفعة وثبت له حقه فى ذلك ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ولم يعد الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بأثر رجعى ، فإن ذلك لا أثر له فى ثبوت حق الشفعة له ، وقد قدمنا أن الأثر الرجعى للشرط لا يعتد به فى نطاق الشفعة . لكن إذا تحقق الشرط الفاسخ قبل ثبوت حق الشفيع فى الشفعة ، فان ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تنفسخ ، ولا يعود الشفيع مالكا لهذا العقار ، وبذلك لا تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة ، ومن ثم يسقط حق الشفيع فى الأخذ بها [١] .

وكذلك يجوز الأخذ بالشفعة إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية شائعة ، وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة [٢] . فلو كان العقار المشفوع به الملاصق للعقار المشفوع فيه مملوكا على الشيوع لعدة شركاء ، فإن الشركاء جميعا يستطيعون الأخذ بالشفعة . ويجوز لأى شريك منهم أيضا أن يأخذ وحده بالشفعة مستندا فى ذلك إلى حصته الشائعة ، فإن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة ، وتجوز الشفعة به [٣] . وقد قدمنا أنه إذا

=عقده ما دام لم يقض ببطلانه (نقض مدنى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧٢ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ — حسن كيرة ص ١١ .

(١) أنظر آنفا نفس الفقرة — محمد على عرفه ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٥ — إسماعيل غانم ص ٧٦ — ص ٧٧ — وانظر فى الآراء المختلفة فى حق الشفيع المالك تحت شرط فاسخ أوتحت شرط واقف فى الأخذ بالشفعة فى عهد قانون الشفعة السابق ومناقشة هذ الآراء : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٨ — فقرة ٢٦١ .

(٢) أما إذا كان الشفيع يشفع بحصة شائعة فى حصة شائعة أخرى باعها شريك آخر ، فلاشك فى جواز الأخذ بالشفعة . على أن الشفيع فى هذه الحالة لا تجوز له الشفعة إلا بحصة شائعة .

(٣) ويثبت حق الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه لكل واحد من الشركاء المشتاعين إذا انفرد ، ولهم جميعاً إذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضرورياً لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز (استئناف مصر ٢٣ نوفبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ١٠٩ — كفر الزيات ٣ يونيه سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ — استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ — ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٩ — محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٧ — محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤) .

كان الشفيع بالحصة الشائعة جارا للعقار المشفوع فيه وكان الواجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به لا تقل عن نصف ثمن العقار المشفوع فيه ، فالعبرة فى هذه الحالة بقيمة الحصة الشائعة وحدها لا بقيمة العقار الشائع كله (١) .

وإذا أخذ مالك الحصة الشائعة بالشفعة ، وثبت له الحق فيها ، فإن اقتسامه بعد ذلك للعقار الشائع مع شركائه لا أثر له فى حقه الذى ثبت له فى الأخذ بالشفعة ، حتى لو كانت هذه الحصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه ، ولا يعتد بالأثر الرجعى للقسمة فى نطاق الشفعة . لكن إذا أفرزت الحصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع فى الشفعة، وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه (٢) ، فإن الحق فى الشفعة يسقط ، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة (٣) .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨٧ فى آخرها .

(٢) ويجب على المشترى أن يقيم الدليل على حصول القسمة ، ولمحكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية أن تزن الأدلة التى يستند إليها المشترى لإثبات ذلك . فإذا قدرت أن هذه الأدلة لا يمكن التعويل عليها فأهدرتها ، وانتهى اقتناعها إلى بقاء حالة الشيوع بين الشركاء ، فإن هذا من حقها ، ويكون النعى على حكمها قائماً على غير أساس (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٤٣ ص ٩٠٥).

أما إذا ثبتت القسمة ، فإنه يكون لها هذا الأثر ولو لم تكن قد سجلت ، لأن تسجيل القسمة إنما شرع لحماية الغير الذى يحتج عليه بالقسمة ، ولكن الغير له أن يتمسك بالقسمة بالرغم من عدم تسجيلها ، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ – ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ – ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) . وانظر إسماعيل غانم ص ٧٢ – ص ٧٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ – ص ٤٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للجار الذى يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ولو لم يشترك معه باقى شركائه فى الملك ، وذلك لأنه إنما يملك نصيبه فى كل ذرة من العقار المشترك . ولا يؤثر فى ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع ، لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكاً له لحين الأخذ بالشفعة . وبقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق. فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع ، سقط حقه فيها . أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة ، فلا يتم زوال ملكه الذى يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أى طريق آخر (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم –

ويجوز الأخذ بالشفعة أخيرا إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه قابلا للإبطال ، كما لو كان بيعا صادرا من ناقص الأهلية أو مشوبا بعيب فى الرضاء . فإن البيع القابل للإبطال ، إذا سجل ، ينقل الملكية إلى الشفيع ، فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية قائمة وإن كانت معرضة للإبطال ، فتجوز الشفعة بها (١) . وإذا ثبت حق الشفيع فى الشفعة فى هذه الحالة ، ثم أبطل عقد البيع سند ملكية الشفيع ، فإن الملكية تزول بأثر رجعى ، ولكن لا يكون لزوالها على هذا النحو أثر فى الحق الذى يثبت للشفيع فى الأخذ بالشفعة (٢) . أما إذا أبطل البيع قبل ثبوت حق الشفيع فى الشفعة ، وزالت ملكية الشفيع ، فإن حقه فى الشفعة يسقط ، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة .

= ١٧٣ ص ٤٨٦) . وانظر استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ – استئناف مصر ٢٣ نوفبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ – كفر الزيات ٣ يونيه سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ – استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ – ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٧ – إسماعيل غانم ص ٧٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ وفقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦ – ص ٤٣٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ .

وانظر عكس ذلك بنى سويف الجزئية ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٢ – استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ (يجب اشتراك جميع الشركاء للأخذ بالشفعة) – ٢٤ يونيه سنة ١٩٤١م ٥٣ ص ٢٢٩ – ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ – ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٩ – ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٦ (حتى لو أصبح الشريك مالكاً لكل العقار الشائع فى أثناء دعوى الشفعة) – ١١ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧١ – إسماعيل غانم ص ٧٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ – حسن كيرة ص ١١ – ولا يجوز للمشترى طلب إبطال العقد لأن حق الإبطال لم يتقرر لمصلحته (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩).

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٧

١٩٠ — الشرط الثانى — الشفيع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة :
ويجب أن تتوافر فى الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة . ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، إذ هو فى حكم شراء العقار المشفوع فيه ، والشفيع إنما يحل بإرادته أى بتصرفه القانونى محل المشترى ، فإن الأهلية الواجب توافرها فى الشفيع للأخذ بالشفعة هى أهلية التصرف ، ولا تكفى أهلية الإدارة .

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية ، أى بالغا سن الرشد غير محجور عليه ، توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة ، وجاز له أن يستقل بإعلان رغبته فى الأخذ بها . وإذا كان له وكيل وكالة عامة . لم يجز للوكيل الأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة ، ولا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة لأن الأخذ بها من أعمال التصرف كما قدمنا (م ٧٠٢ مدنى) .

أما إذا كان الشفيع قاصرا ، وله أب ولى عليه أو يلى الولاية عليه ولى الأب ، فإنه يجوز للولى أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة . فإذا كان ولى القاصر هو الجد ، لم يجز له أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر إلا بعد استئذان المحكمة ، ذلك بأن المادة ١٥ من قانون الولاية على المال تنص على أنه « لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . والأخذ بالشفعة تصرف فى مال القاصر ، إذ يترتب عليه أن يحل القاصر محل المشترى فى التزاماته وأن يودع تمهيدا لذلك خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . أما إذا لم يكن للقاصر ولى ، فوصيه هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ، ولكن يجب عليه استئذان المحكمة [1] . وكالوصى القيم على المحجور عليه ، فإذا كان الشفيع محجورا عليه ، فالقيم هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ويجب عليه استئذان المحكمة [2] .

---

(١) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٨ ص ٤٥٠ — إسماعيل غانم ص ٧٨ — أما المشفوع ضده ، وهو المشترى ، فإذا كان كامل الأهلية ، جاز له التسليم بالشفعة رضاء أو المخاصمة فيها قضاء . وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه ، ناب عنه فى التسليم بالشفعة رضاء وليه أو وصيه أو القيم عليه ، ويجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة . وناب عنه فى المخاصمة قضاء وليه أو وصيه أو القيم ، وفقاً للقواعد العامة فى المخاصمة القضائية .

١٩١ – الشرط الثالث – الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

ولما كان الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه ، إذ الشفيع يحل محل المشترى فيصبح هو المشترى للعقار ، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعا بحكم القانون من شراء هذا العقار . ونذكر أحوالا ثلاثا الشفيع فيها ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه ؛ ومن ثم لا يجوز له أخذه بالشفعة :

(الحالة الأولى) إذا كان العقار المشفوع فيه أرضا زراعية ، وكان من شأن شرائها أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضى الزراعية على الحد الأقصى الجائز تملكه بموجب قانون الإصلاح الزراعى (مائة فدان) ، فكما لا يجوز له شراء هذه الأرض ، كذلك لا يجوز له أن يشفع فيها (١) ، فلو أن شخصا يملك ثمانين فدانا مثلا ، ويجاور أرضه أرض مقدارها أربعون فدانا باعها صاحبها ، فلا يجوز للأول أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . ذلك بأنه لو أخذ الأرض المبيعة كلها بالشفعة ، لأصبح ما يملك من الأراضى الزراعية مائة وعشرين فدانا وهذا غير جائز ، ولو اقتصر على أخذ عشرين فدانا منها ليبلغ ما يملك مائة فدان فلا يجاوز الحد الأقصى لتفرقت الصفقة على المشترى وهذا أيضا غير جائز (٢) .

(الحالة الثانية) نصت المادة ٤٧٩ مدنى على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى » . ويخلص من هذا النص أن من كان نائبا عن غيره فى بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا . والنيابة فى بيع مال الغير

---

(١) نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨ – إسماعيل غانم ص ٧٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ ؛ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤ – حسن كيرة ص ١١ – وانظر آنفاً فقرة ١٧٣ فى آخرها فى الهامش .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٠١ .

قد تأتى من اتفاق وهذه هى الوكالة ، وقد تأتى عن طريق نص فى القانون وذلك هو الولى ، وقد تأتى عن طريق أمر من السلطات المختصة كما هى الحال فى الوصى والقيم والوكيل عن الغائب والسنديك والحارس القضائى (١) .

فالنائب عن غيره ، على الوجه المتقدم ، فى بيع مال هذا الغير ، ممنوع من شراء هذا المال لنفسه . فلا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، نائبا فى البيع وأصيلا فى الشراء . وكما لا يجوز له أن يشترى لنفسه عقارا نيط به بيعه ، كذلك لا يجوز له ، إذا باع هذا العقار للغير تنفيذا لنيابته ، أن يشفع فيه . فإذا وكل مالك العقار شخصا فى بيع عقاره ، وباعه الوكيل لمشتر تنفيذا للوكالة ، لم يجز للوكيل ، إذا توافرت له أسباب أخذ العقار بالشفعة ، أن يشفع فيه . وذلك لسبب عام ، هو ما قدمناه من أن الوكيل بالبيع ، أو أى نائب عن غيره فى البيع ، ممنوع من شراء مانيط به بيعه ، سواء عن طريق الشراء مباشرة ، أو عن طريق الأخذ بالشفعة وهو فى حكم الشراء . ويساند هذا السبب سبب آخر ، هو أنه لو جاز لمن نيط به بيع العقار أن يشفع فيه ، لما أعياه أن يتواطأ مع المشترى على ثمن بخس وشروط يسيرة ، حتى إذا ما أخذ بالشفعة أفاد من كل ذلك . ثم إن هناك سببا ثالثا يتضافر مع السببين المتقدمين ، فى حالة ما إذا كانت النيابة فى بيع العقار مصدرها الاتفاق أو الوكالة ، هو أن الوكيل الذى يرضى أن يكون وكيلا فى بيع العقار لأجنبى يكون قد نزل بذلك نزولا ضمنيا عن حقه فى أخذ هذا العقار بالشفعة ، وقد قدمنا أنه يجوز النزول مقدما عن الأخذ بالشفعة (٢) .

(الحالة الثالثة) نصت المادة ٤٧١ مدنى على أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ،

---

(١) والسماسرة والخبراء فى حكم من ينوب عن الغير فى بيع ماله ويسرى عليهم نفس الحكم ، فقد نصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعار» . وانظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٥٣ – فقرة ٥٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢١ – إسماعيل غانم ص ٧٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤ – ص ٣٢٥ .

لا بأسمائهم ولا باسم مستعار . الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا » . ونصت المادة ٤٧٢ مدني على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا » . ويتبين من هذه النصوص أن المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون ، على وجه سبق تفصيله عند الكلام في البيع . (١) وجزاء الحظر هو بطلان البيع لمخالفته للنظام العام ، فمما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها ، وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فهو على الأقل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه (٢) .

فإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظورا على عمال القضاء الذين سبق ذكرهم ، متى وقع النزاع في اختصاصهم ، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة . فإذا باع شخص عقارا ينازعه شخص آخر في ملكيته ، فالقاضي الذي يدخل في اختصاصه نظر هذا النزاع ، أو المحامي الموكل في هذا النزاع بل حتى لو لم يكن موكلا فيه متى كان نظر النزاع من اختصاص محكمة مسموح له بالمرافعة أمامها ، لا يجوز له أن يشتري هذا العقار للسبب المتقدم ذكره . وإمعانا في درء الشبهات عن سمعة القضاء ، لو أن هذا العقار المتنازع فيه باعه صاحبه لأجنبي ، وتوافرت لقاض أو لمحام أو لأي عامل آخر من عمال القضاء ، يكون نظر النزاع داخلا في اختصاصه أو في اختصاص المحكمة المسموح له بالمرافعة أمامها ، أسباب أخذه بالشفعة ، لم يجز له أخذه . فما يحرم عليه شراؤه ، يحرم عليه كذلك أخذه بالشفعة . ولو أجزنا له الأخذ بالشفعة وحل محل المشتري في شراء العقار المتنازع فيه ، فإن النزاع لا يزال داخلا في اختصاصه ، ويصعب على من

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١٢ – فقرة ١١٣ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١١٢ ص ٢١٨ .

ينازع البائع فى ملكية هذا العقار أن يطمئن إلى حيدة عمال القضاء عند نظر هذا النزاع وواحد منهم هو الذى شفع فى العقار وحل محل مشتريه ولو تنحى بعد ذلك عن نظر النزاع . ثم لا يجوز لعمال القضاء ، لو أبيح له الأخذ بالشفعة ، أن يستعمل الأخذ بها سبيلا للتحايل ليتغلب على منعه من شراء العقار المتنازع فيه مباشرة ؟ فما عليه للوصول إلى ذلك إلا أن يتواطأ مع صاحب العقار المتنازع فيه ، فيبيع هذا الأخير العقار لأجنبى ، ثم يأخذه عامل القضاء بالشفعة من هذا الأجنبى (١) .

١٩٢ – الشرط الرابع – الشفيع ليس بوقف – نص قانونى :

تنص الفقرة الثانيه من المادة ٩٣٩ مدنى على ما يأتى :

« ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » (٢) .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى عن زكى العرابى فقرة ٦٢ ص ٣٧ – ص ٣٨ – عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٣٢ ص ٧٤٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢١ ص ٤٥١ – إسماعيل غانم ص ٧٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٤٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٥ – حسن كيرة ص ١١ – محمود فهمى فى رسالته فى الشفعة ص ١٧٥ – ص ١٧٦.

وانظر عكس ذلك ، وأنه إذا كان لايجوز لعمال القضاء أن يشتروا العقار المتنازع فيه ، فإنه يجوز لهم أخذه بالشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٦ – ص ٢٦٧ – شفيق شحاتة فقرة ٢٥٥ – وما دام أصحاب هذا الرأى العكسى قد أجازوا لعمال القضاء أخذ العقار المتنازع فيه بالشفعة ، فهل يجيزون أن يسترد من ينازع البائع فى ملكية العقار هذا العقار من تحت يد الشفيع إذا هو رد إليه الثمن الذى دفعه والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع تطبيقاً للمادة ٤٦٩ مدنى ؟ الظاهر أنهم لا يجيزون ذلك ، لأنهم لايعتبرون الشفيع مضارباً عندما أخذ بالشفعة (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٧) . فإذا قلنا بعدم جواز الاسترداد فقد عطلنا حقاً للمسترد أعطاه إياه القانون لحكمة مشروعة ، بل لجاز استعمال الشفعة سبيلاً للتحايل على تعطيل هذا الحق . وإذا قلنا بجواز الاسترداد ، فقد عطلنا حقاً مشروعاً آخر فى نظر أصحاب هذا الرأى ، هو حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ / ٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٩/ ٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح أحد الأعضاء النص على جواز الشفعة فى الوقف ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك . وأقرت النص على ما هو عليه تحت رقم ٩٣٩ / ٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ – ص ٤٠٩) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان العقار المشفوع به عقارا موقوفا ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة . وهذا هو حكم الفقه الإسلامى . ففيه لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار . فاذا بيع عقار مجاور لوقف ، أوكان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف — من ناظر أو موقوف عليه — لا فى العقار المجاور ولا فى الجزء الملك من العقار [1] . والسبب فى ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف حتى يصلح أن يكون شفيعا . وكذلك الموقوف عليه ليس مالكا للعقار الموقوف فشأنه شأن الناظر فى عدم الصلاحية للأخذ بالشفعة . ثم إنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشفعة ، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضا وقفا دون أن تصدر حجة بوقفه . وإذا كان العقار المشفوع به ملكا لا وقفا وقت بيع العقار المشفوع فيه . ثم وقف قبل ثبوت الحق فى الشفعة . فان الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكا وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة [2] . وإذا تمسك الشفيع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح ، وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ يبقى ملكا بعد أن بطل وقفه ، وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة فى صحة الوقف [3] .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ٤ : لاشفعة للوقف . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) — ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤٣/٢ : لايجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، مالم يحتفظ الواقف بذلك فى حجة الوقف الأهلى . (ويختلف التقنين الليبى فى أنه يجيز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، إذا احتفظ له الواقف بهذا الحق فى حجة الوقف . ويبدو أن ما يأخذه الوقف بالشفعة فى هذه الحالة يصبح موقوفاً مثله) .

التقنين المدنى العراقى لامقابل (والظاهر أن الوقف لايأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٤ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاشفعة للوقف . . (والنص يوافق نص التقنين المدنى المصرى) .

(١) الخانية ص ٢ : ٥ — ابن عابدين ص ٧ : ١٤ — مرشد الحيران م ١١٣ — الخيرية ٢ : ١٧٠ و ١٩٠ و ١٠١ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢١٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٥ — وانظر آنفاً فقرة ١٨٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ — محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٠ ص ٢٦٥ .

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف ، فانها تجوز فى الوقف . ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوغ شرعى ، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل . فان العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه . وأما ثمنه فيشترى به عقار آخر ، هو الذى يصبح وقفا . ولا تجوز الشفعة فيه [١] . أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا ، كأن كان مسجدا ، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه [٢] . وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا . فوقفه المشترى بعد طلب الشفعة . اعتبر هذا تهربا من الشفعة ، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة [٣] . وفى التقنين المدنى الجديد ، كما فى قانون الشفعة السابق ، العبرة بتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ، فاذا وقف العقار المشفوع فيه بعد تسجيل هذا الإعلان فان الوقف لا يسرى فى حق الشفيع ، ويستطيع أخذ العقار بالشفعة بالرغم من وقفه (م ٩٤٧ مدنى) [٤] .

§ ٢ – تعدد الشفعاء وتزاحمهم

١٩٣ – نص قانونى : تنص المادة ٩٣٧ مدنى على ما يأتى :

١ – « إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة » .

٢ – « وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » .

---

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨١ ص ٤٧٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٨ – وانظر مادار من مناقشات فى هذه المسألة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٧ فى الهامش .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٦ .

(٣) بنى سويف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

(٤) ويجوز التساؤل هل تصح الشفعة بالملك الخاص للدولة ، فاذا كان للدولة عقار مملوك ملكا خاصاً ، وتوافرت فى هذا العقار شروط العقار المشفوع به ، فهل تستطيع الدولة أن تشفع به فى عقار آخر يباع فتأخذ هذا العقار بالشفعة ؟ أجبنا على هذا السؤال فى الجزء الثامن من الوسيط بما يأتى : « أما الشفعة ، فيندر أن تشفع الدولة فى عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعاً من أن تأخذ العقار بالشفعة » (الوسيط ٨ فقرة ٧٨ ص ١٥٥) .

٣ - « فاذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى »[١].

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ٧ [٢].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م٩٤١ - وفى التقنين المدنى العراقى م١١٣١ - ١١٣٢ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٠ - ٢٤١[٣].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن فى آخرها العبارة الآتية : « إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . ولما كانت لجنة المراجعة قد حذفت الشفعة بسبب الجوار ، فقد حذفت تبعاً لذلك هذه العبارة « حيث أصبح لا لزوم لها » ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ١٠٠٩ فى المشروع النهائى . ووافق على النص كما هو مجلس النواب ، تحت رقم ١٠٠٦ دون أن يتنبه المجلس ، بعد أن أعاد الشفعة بسبب الجوار ، إلى وجوب إعادة العبارة المحذوفة . ثم وافق على النص مجلس الشيوخ ، دون تعديل تحت رقم ٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٥ - ص ٣٩٤) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ٧ : إذا تعدد الشفعاء يكون الحق فى الشفعة : (أولا) لمالك الرقبة . (ثانيا) للشريك الذى له حصة مشاعة . (ثالثا) لصاحب حق الانتفاع . (رابعاً) للجار المالك - فإذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون بقدر نصيبه - وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد فيما عدا أموراً ثلاثة : (١) لم يدرج قانون الشفعة السابق صاحب الرقبة فى الحكر وصاحب حق الحكر بين الشفعاء ، ولذلك لم يورد ترتيباً لهما . (٢) لم ينص ، كما نص التقنين المدنى الجديد ، على حكم تزاحم المشترى الشفيع مع غيره من الشفعاء . (٣) وضع قاعدة المفاضلة بين الجيران الشفعاء إذا تعددوا ، وأغفل التقنين المدنى الجديد وضع هذه القاعدة سهواً) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤١ : ١ - إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة . ٢ - وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . ٣ - فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة =

ويفترض النص المتقدم الذكر أن هناك أكثر من شفيع واحد توافرت فيهم شروط الأخذ بالشفعة . فاذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيع واحد ، ولم يزاحمه فى طلبها أحد من الشفعاء الآخرين ، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقا لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة وعدم

=السابقة ، فإنه لايفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . (ويتفق التقنين الليبى مع التقنين المصرى إلا فى أمر واحد : إذا كان المشترى هو نفسه أحد الشفعاء ، فإنه لا يفضل على من يزاحمه من الشفعاء الذين هم من طبقته فى التقنين الليبى ، ويفضل فى التقنين المصرى . والتقنينان سواء فى تفضيل المشترى الشفيع على شفعاء أدنى من طبقته ، وفى تفضيل الشفيع الأعلى من طبقة المشترى) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣١ : ١ - إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المبين فى المادتين السابقتين . ٢ - وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوى . إلا أنه فيما بين الخلطاء يقدم الأخص على الأعم ، فمن له حق شرب فى الحزن المتشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب فى ذلك النهر ، ويقدم الخليط فى حق الشرب على الخليط فى حق المرور . (ويختلف التقنين العراقى هنا عن التقنين المصرى فى أنه إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة كان استحقاق الشفعة بينهم على التساوى فى التقنين العراقى ، وبقدر نصيب كل منهم فى التقنين المصرى . ووضع التقنين العراقى قاعدة خاصة فى ترتيب الشفعاء إذا كانوا خلطاء) . م ١١٣٢ : إذا كان المشترى للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعاً ، فإنه مفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى . (ويتفق التقنين العراقى فى هذا الحكم مع التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تزاحم الشفعاء من فئات مختلفة ، يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة - وإذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة فى الأحوال الأربعة الأولى المبينة فى المادة السابقة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل الباقون هذا الحق بقدر نصيبهم أيضاً . وإذا تزاحم الشفعاء من الفئة الخامسة ، قدم من تعلو على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وفى حال اختلاف مالكى طوابق البناء المتعددة ، قدم مالك الطابق الأرضى . (ويختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى فى أن القانون اللبنانى ، بخلاف التقنين المصرى ، أورد قاعدة للترتيب عند تزاحم الجيران ، وأخر مالك الطابق عن الجار العادى وقدم مالك الطابق الأرضى على مالك الطابق العلوى عند التزاحم) .

م ٢٤١ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا توفرت فى المشترى الشروط الواردة فى المادة ٢٣٩ ، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئته أو من فئة أدنى . (ويتفق القانون اللبنانى فى هذا الحكم مع التقنين المصرى) .

جواز تفريق الصفقة على المشترى فيما قدمناه [١] . أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضا فى طلب الشفعة ، فهنا ينفتح مجال البحث فى الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على الوجه المبين فى المادة ٩٣٧ مدنى سالفة الذكر .

١٩٤ – الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء: وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدنى المشار إليها حالات ثلاثا لتزاحم الشفعاء :

(الحالة الأولى) تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م ١/٩٣٧ مدنى) .

(الحالة الثانية) تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م ٢/٩٣٧ مدنى) ، وهنا يعرض بحث عدم جواز تفرق الصفقة على المشترى :

(الحالة الثالثة) تزاحم الشفعاء مع المشترى وهو شفيع مثلهم (م ٣/٩٣٧ مدنى) . وهنا يجب بحث فروض ثلاثة : (١) تزاحم المشترى مع شفعاء أدنى من طبقته . (٢) تزاحم المشترى مع شفعاء من نفس طبقته . (٣) تزاحم المشترى مع شفعاء أعلى من طبقته .

١٩٥ – الحالة الأولى – تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة: تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ مدنى ، كما رأينا [٢] ، على أنه « إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة » . فاذا تزاحم الشفعاء ، وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها بعضا ، استحق الشفعة منهم من كان أعلاهم طبقة دون غيره من الطبقات الأدنى ، وذلك بحسب الترتيب المبين فى المادة ٩٣٦ وقد سبق ذكرها [٣] . وبالرجوع إلى نص هذه المادة يتبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه الآتى :

(١) فى الطبقة الأولى مالك الرقبة ، عندما يشفع فى حق الانتفاع . فاذا كان هناك عقار قد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين فى الشيوع ، وباع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٩

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٧٩ .

أحد صاحبي حق الانتفاع حصته ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم مالك الرقبة ، ثم صاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا في الشيوع في حق الانتفاع الذي بيع بعضه ، ثم الجار الملاصق للعقار الذي رتب عليه حق الانتفاع إذا كان في حالة من الأحوال الثلاث التي يشفع فيها الجار [1] . فاذا تقدم هؤلاء الشفعاء جميعا للأخذ بالشفعة . فضل مالك الرقبة لأنه في الطبقة الأولى من الشفعاء ، واستقل وحده في الأخذ بالشفعة . ويليه الشريك في الشيوع في حق الانتفاع ، ثم الجار .

(٢) في الطبقة الثانية الشريك في الشيوع ، إذا بيعت حصة شائعة غير التي يملكها لأجنبي . والمراد بالشريك في الشيوع هنا ، ليس فحسب الشريك في عقار مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوع ، بل أيضا الشريك في الشيوع في رقبة العقار أو في [illegible]نتفاع في عقار أو في حق حكر . فاذا كان هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوع ، وباع أحد الشريكين حصته الشائعة لأجنبي ، كان الشفيعان في هذه الحصة هما الشريك الآخر والجار . ولما كان الشريك الآخر في الشيوع وهو في الطبقة الثانية يتقدم على الجار ، كان هو الذي يأخذ بالشفعة دون الجار [2] . وإذا كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوع ، وقد رتبا عليه حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقبة في الشيوع ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك المشتاع الآخر في الرقبة وصاحب حق الانتفاع والجار . ولما كان الشريك المشتاع الآخر في الرقبة هو شريك في الشيوع فهو في الطبقة الثانية ، ويتقدم على كل من صاحب حق الانتفاع والجار ، فهو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الاثنين الآخرين .

وقد كان الأمر على العكس من ذلك في المشروع التمهيدي لنص المادة ٩٣٦ مدني ، فقد كان صاحب حق الانتفاع في هذا المشروع يتقدم على

---

(١) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ وفقرة ٢٥٠ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٢٤ ص ٤٥٤ – إسماعيل غانم ص ٧٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٨ ص ٤٢٤ : حيث يذهبون إلى أن الجار المالك لا يشفع في حق الانتفاع .

(٢) أسيوط الكلية ١٠ يونيه سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٤١ ص ٣٧٧ .

الشريك فى الشيوع [١] . ثم انعكس الترتيب فى لجنة المراجعة : فأصبح الشريك فى الشيوع ، فى المشروع النهائى وفيما تلاه من المشروعات إلى أن استقرت تقنيننا كما رأينا ، هو الذى يتقدم على صاحب حق الانتفاع . ولو أخذنا بحكم المشروع التمهيدى فى المثل المتقدم ، لتأخر الشريك المشتاع الآخر فى الرقبة عن صاحب حق الانتفاع ، ولتقدم هذا الأخير على هذا الشريك المشتاع وعلى الجار ، فأخذ وحده دونهما الحصة الشائعة التى بيعت فى الرقبة .

(٣) فى الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع ، عندما يشفع فى الرقبة . فاذا كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع فأصبح مالكا للرقبة وحدها ، ثم باع الرقبة ، فالشفيعان فى الرقبة هما صاحب حق الانتفاع والجار. ولما كان صاحب حق الانتفاع فى الطبقة الثالثة ويتقدم على الجار ، فانه هو وحده الذى يأخذ بالشفعة دون الجار .

(٤) فى الطبقة الرابعة صاحب الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر ، أو صاحب حق الحكر عندما يشفع فى الرقبة . فاذا كان هناك عقار رتب عليه صاحبه حق حكر ، ثم باع صاحب حق الحكر حقه ، فالشفيعان فى هذا الحق هما صاحبا الرقبة والجار. ولما كان صاحب الرقبة هنا فى الطبقة الرابعة ويتقدم على الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذى يأخذ حق الحكر بالشفعة . ولو أن صاحب الرقبة هو الذى باع الرقبة ، فان الشفيعين فى هذه الرقبة يكونان هما

---

(١) وقد جرت مناقشات طويلة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى فى شأن تقديم صاحب حق الانتفاع على الشريك فى الشيوع . فى جلسة ١٨ يونيه سنة ١٩٣٧ ، تناقش الأعضاء طويلا فى هذه المسألة ، وانتهت المناقشة بأن اتخذ قرار بالأغلبية بتقديم الشريك فى الشيوع على صاحب حق الانتفاع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٥ فى الهامش) . ثم أعادت اللجنة ، فى جلسة ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٧ ، المناقشة فى المسألة ، وانتهت إلى قرار عكس القرار السابق بجعل صاحب حق الانتفاع فى المرتبة الثانية متقدماً على الشريك فى الشيوع الذى جعلته فى المرتبة الثالثة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ فى الهامش) . وعلى هذا الوجه تقدم المشروع التمهيدى إلى لجنة المراجعة ، فعكست هذه اللجنة الترتيب وعادت إلى الترتيب الأول ، إذ جعلت الشريك فى الشيوع فى المرتبة الثانية متقدماً على صاحب حق الانتفاع الذى جعلته فى المرتبة الثالثة . واستقر المشروع على ذلك فى سائر مراحله التشريعية ، إلى أن أصبح تقنيناً . أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ فى الهامش .

صاحب حق الحكر والجار . ولما كان صاحب حق الحكر فى المرتبة الرابعة ويتقدم هو أيضا على الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذى يأخذ الرقبة بالشفعة .

(٥) فى الطبقة الخامسة والأخيرة الجار المالك ، وهو أدنى الشفعاء طبقة . فاذا كان هناك عقار مملوك ملكا تاما لشخص واحد وباعه ، فنى هذا الفرض لا يوجد مالك رقبة ولا شريك فى الشيوع ولا صاحب حق انتفاع ، وليس العقار محكرا حتى يكون هناك مالك رقبة وصاحب حق حكر . ومن ثم لايوجد إلا شفيع واحد هو الجار ، فله حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وهذا الفرض هوالذى يكثر وقوعه فى العمل [١] .

١٩٦ — الحالة الثانية — تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ مدنى ، كما رأينا [٢]، على ما يأتى : « وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » . والمفروض هنا أن الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى قد فضلوا على من هم دونهم طبقة من الشفعاء على النحو الذى بيناه فيما تقدم ،وطلب أصحاب الطبقة الأعلى وحدهم الأخذ بالشفعة .

فاذا كانوا من الطبقة الأولى ، وهم ملاك الرقبة يشفعون فى حق الانتفاع ، وكانوا ثلاثة مثلا لأحدهم نصف الرقبة فى الشيوع وللثانى الثلث وللثالث

---

(١) هذا وإذا اعتبرنا مالك الطبقة فى البناء متعدد الطبقات شفيعاً بحكم الجوار ، فإنه يأتى فى الطبقة الخامسة كسائر الجيران . ويبدو أنه إذا تزاحم مع جار جانبى عادى ، فإنه يقدم عليه كما سنرى ، لأن الشفعة تعود على ملكه بمنفعة أكبر مما تعود على ملك الجار العادى . وإذا بيعت إحدى طبقات الدار ، فتزاحم على أخذها بالشفعة صاحب الطبقة الأعلى مباشرة وصاحب الطبقة الأسفل مباشرة ، فإنه يبدو أن صاحب الطبقة الأعلى مباشرة هو الذى يقدم ، لأن له مصلحة أكبر فى الأخذ بالشفعة كما سنرى .

أما إذا اعتبرنا مالك الطبقة شفيعاً بحكم الشركة الشائعة فى أرض البناء ، فإنه يعلو إلى طبقة الشريك فى الشيوع ، أى إلى الطبقة الثانية ، ويتفاضل ملاك الطبقات فيما بينهم إذا تزاحموا كما يتفاضل سائر الشركاء فى الشيوع كما سنرى .

أنظر آنفاً فقرة ١٨٥ فى آخرها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

السدس ، اقتسموا حق الانتفاع الذى تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم بنسبة نصيب كل منهم فى ملكية الرقبة . وعلى ذلك يأخذ الأول بالشفعة نصف حق الانتفاع ، والثانى الثلث ، والثالث السدس .

وإذا كانوا من الطبقة الثانية . وهم الشركاء فى الشيوع ، فاذا كان هناك عقار يملكه أربعة مثلا على الشيوع ، لأحدهم النصف وقد باعه لأجنبى . ولكل من الثلاثة الآخرين السدس ، فان هؤلاء الثلاثة يقتسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذى أخذوه بالشفعة ، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم السدس . فيصبح العقار ، بعد الأخذ بالشفعة ، مملوكا لهؤلاء الثلاثة على الشيوع ، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم الثلث . وقل مثل هذا فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوع فى الرقبة ، ويشفعون فى حصة شائعة فى الرقبة باعها أحدهم. وكذلك الحكم فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوع فى حق الانتفاع ، ويشفعون فى حصة شائعة فى حق الانتفاع باعها أحدهم . وإذا اعتبرنا ملاك الطبقات شفعاء بوصفهم شركاء فى الشيوع فى الأرض المقام عليها البناء ، فانهم يأخذون جميعا بالشفعة الطبقة المبيعة ، ويصبحون ملاكا لها على الشيوع بنسبة نصيب كل منهم فى الأرض الشائعة المقام عليها البناء .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الثالثة ، وهم أصحاب حق الانتفاع يشفعون فى الرقبة ، وكان اثنان مثلا يملكان حق الانتفاع على الشيوع لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، وبيعت الرقبة ، فان صاحبى حق الانتفاع يأخذانها بالشفعة بنسبة نصيب كل منهما فى حق الانتفاع ، فيصبح الأول مالكا للعقار فى الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلثين ، ويصبح الآخر مالكا فى الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلث .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الرابعة ، وكان لرقبة الأرض المحكرة مالكان فى الشيوع مثلا يملكانها بالتساوى ، وبيع حق الحكر ، اقتسماه عند أخذه بالشفعة بالتساوى فيما بينهما . وكذلك لو كان حق الحكر لاثنين مثلا يملكانه على الشيوع بالتساوى ، وبيعت الرقبة ، اقتسماها عند أخذها بالشفعة بالتساوى فيما بينهما .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الخامسة والأخيرة ، وهم الجيران ويدخل فيهم ملاك الطبقات على الرأى الغالب ، فمفاضلة فيما بينهم إذا تزاحموا قاعدة أخرى سيأتى بيانها فيما يلى (١) .

ونحن نفرض فى كل ما تقدم أن الشفعاء من الطبقة الأعلى (٢) قد تقدموا جميعا للأخذ بالشفعة (٣) ، فاقتسموا العقار المشفوع فيه ، كل منهم بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ولكنهم قد لا يتقدمون جميعا للأخذ بالشفعة ، بل يتقدم بعضهم دون بعض ، أو يتقدم واحد منهم فقط ، فعند ذلك تثار مسألة هامة هى مسألة عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، فنعرض لها فيما يلى .

١٩٧ — عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة :

إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، وكانت هذه الطبقة هى الطبقة الأعلى التى لها الأخذ بالشفعة ، فان كل شفيع منهم يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه ، ولا يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ذلك أن هناك احتمالا فى ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء دون بعض أو ألا يطلبها أحد غيره ، فاذا اقتصر على طلب الشفعة فى جزء من العقار المشفوع فيه بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به ، فان الصفقة تتجزأ على المشترى ، ومن حقه ألا تتجزأ عليه الصفقة . كذلك هناك احتمال ، حتى لو طلب الشفعة جميع الشفعاء ، أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة ، فتتفرق الصفقة على المشترى . لذلك يجب على كل شفيع أن يطلب الشفعة فى جميع العقار المشفوع فيه كما قدمنا ، فاذا طلبوا الشفعة جميعا ولم يسقط طلب أى منهم ، قسم عليهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به على الوجه الذى سبق بيانه . وإذا طلب الشفعة بعضهم دون بعض ، أو طلب الجميع ولكن سقط طلب بعضهم ،

---

(١) أنظر فقرة ١٩٨ .

(٢) فيما عدا الجيران فهم فى الطبقة الأخيرة ، فاذا لم توجد طبقة من الشفعاء أعلى منهم ، أو وجدت ولكنها لم تتقدم للأخذ بالشفعة ، فالجيران فى هذه الحالة يكونون هم الشفعاء .

(٣) أو تقدم للأخذ بالشفعة طبقة أدنى لأن الطبقة الأعلى لم تتقدم .

فان العقار المشفوع فيه كله يقسم على الشفعاء الذين تقدموا أو الذين صح طلبهم ، كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . وإذا انفرد واحد من هؤلاء الشفعاء بطلب الشفعة ، أو لم يصح إلا طلب واحد منهم فقط ، فان هذا الشفيع الواحد يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه . وهكذا لا تتفرق الصفقة على المشترى ، فى أى فرض من هذه الفروض [1] . فاذا كان هناك ثلاثة من الشفعاء من طبقة واحدة يستحقون الأخذ بالشفعة ، وجب على كل منهم أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه ، فاما أن يأخذ العقار كله إذا انفرد ، أو يأخذ بعضه بالنسبة التى سبق بيانها إذا اشترك معه غيره ، وفى جميع الأحوال يأخذ من صح طلبه من الشفعاء الثلاثة كل العقار المشفوع فيه ، فلا تتفرق الصفقة على المشترى . وإذا كان لا يجوز تفريق الصفقة على المشترى ، فانه لا يجوز أيضا للمشترى اجبار الشفيع على أن يقتصر فى الأخذ بالشفعة على مقدار نصيبه بدعوى أن عدم تفريق الصفقة إنما تقررت لمصلحة المشترى وحده. ذلك بأن عدم تفريق الصفقة تقرر لمصلحة الشفيع أيضا ، فهو يأخذ بالشفعة لإخراج المشترى من الصفقة ، فاذا اقتصر على مقدار نصيبه ، ولم يطلب الشفعاء الآخرون الشفعة أو سقط طلبهم ، بقى المشترى داخلا فى الصفقة بمقدار نصيب هؤلاء الشفعاء الآخرين ، وهذا ما يحق للشفيع أن يتفاداه .

والقاعدة التى قررناها من وجوب أن يطلب الشفيع الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه لا تنطبق فحسب فى حالة وجود طبقة واحدة من الشفعاء تستحق الأخذ بالشفعة ، بل تنطبق أيضا فى حالة وجود طبقات متعددة . فأى شفيع من أية طبقة يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه ، لاحتمال ألا يطلب الشفعة أحد من الطبقات التى هى أعلى منه ، ولا أحد من الشفعاء الذين هم فى طبقته . وتنطبق القاعدة أيضا على الطبقة الدنيا من الشفعاء وهم الجيران ، فأى جار يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يطلبها فى كل العقار المشفوع فيه ، حتى

---

(١) وقد نصت المادة ١١٣٦ مدنى عراقى على أنه « ١ – يجب أن يطلب الشفيع كل المشفوع ولو تعدد الشفعاء المستحقون للشفعة . وإذا أسقط شفيع حقه فى الشفعة قبل الحكم أو التراضى ، سقط حقه ويأخذ الشفعاء الآخرون كل المشفوع ، وإن أسقط شفيع حقه بعد الحكم أو التراضى فلا يسقط . ٢ – وليس لأحد من الشفعاء أن ينزل عن حقه لأجنبى أو لشفيع آخر ، فإن فعل سقط حقه » .

لو وجد من الجيران من هم أحق بالشفعة منه . لاحتمال ألا يطلب أحد من هؤلاء الأخذ بالشفعة .

وإذا كان شفيعان ، طلب أحدهما الشفعة فى بعض العقار المشفوع فيه ، وطلبها الآخر فى كل العقار . أخذ الشفيع الثانى دون الشفيع الأول كل العقار بالشفعة (١) . وإذا طلب شفيع الشفعة فى بعض العقار المشفوع فيه ، لم يصح طلبه ، ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه إذا كانت المواعيد قد انقضت (٢) .

١٩٨ — التزاحم فيما بين الجيران عند تعددهم : بقى أن نواجه حالة التزاحم فيما بين الجيران عند تعددهم . ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به لا تنطبق هنا ، إذ أن الجيران يختلفون عن غيرهم من الشفعاء فى أنهم لا يشتركون جميعا فى عقار مشفوع به واحد . فلكل جار عقاره الذى يشفع به ، لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين . والذى يجب أن يأخذ بالشفعة من الجيران ، إذا تعددوا وتزاحموا على الأخذ بها ، هو جار واحد ، وهو الجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وقد كان هذا هو الحكم الذى نص عليه صراحة قانون الشفعة السابق . فقد نصت المادة ٧ (رابعا) من هذا القانون على ما يأتى : « وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . وقد ورد هذا النص نفسه فى المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ من التقنين المدنى الجديد ، عندما جعل هذا المشروع الجوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة . ولكن عندما حذف الجوار كسبب للأخذ بالشفعة فى المشروع النهائى ، حذف النص مع سائر النصوص التى تتعلق بالجوار . ولما أعيد الجوار ضمن أسباب الشفعة فى مجلس النواب ، سها على هذا المجلس أن يعيد النص كما كان ، واقتصر على إيراد الجوار كسبب للأخذ بالشفعة ، دون أن ينص على أنه عند تزاحم الجيران يقدم منهم من تعود

---

(١) حتى لو كان الشفيع الأول أعلى طبقة من الشفيع الثانى .

(٢) ملوى ٨ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٣ ص ١٣٣ .

على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وبقيت المادة ٩٣٧ مدنى خالوا من هذا النص عندما عرضت على مجلس الشيوخ ، وقد سهى على هذا المجلس أيضا أن يعيد النص . فخرج التقنين المدنى فى المادة ٩٣٧ منه على الوجه الذى خرج به ، خاليا من هذا النص [١] .

ولما كانت المادة ٢/٩٣٧ مدنى ، على الوجه الذى استقرت عليه ، تجعل استحقاق كل شفيع ، عند تعدد الشفعاء من طبقة واحدة ، « بقدر نصيبه » . وهذه القاعدة لا يمكن انطباقها فى حالة تعدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لا يشفعون بعقار واحد كما قدمنا حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه فى هذا العقار ، فقد وجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التى تضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ مدنى ، باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل ولم يكن إغفالها إلا لمجرد السهو ، وهى على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص . فيقضى بالشفعة ، إذا تعدد الجيران وتزاحموا ، للجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران الآخرين [٢] .

---

(١) أنظر فى هذا آنفاً فقرة ١٩٣ فى الهامش .

(٢) ولتفضيل جار على جار ، يراعى موقع كل منهما ، وتخصيصه ، وضرورة توسيعه (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣١) ، ولايدخل فى الاعتبار ما يجنيه الشفيع من فوائد شخصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ – ١٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين فى طلب الشفعة إنما هى بالمنفعة التى تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به ، دون اعتداد بالمنفعة التى تعود على ملك كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة ، ودون اعتبار للفوائد التى قد تعود على الشفيع شخصياً من الأخذ بالشفعة (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٥ – ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧) .

وانظر فى وجوب الأخذ بالقاعدة القديمة بالرغم من إغفالها سهواً : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٥ – إسماعيل غانم ص ٧٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٧ – حسن كيرة ص ١٠ – وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٢ ص ٢٦٩ هامش ١ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٦٣ ص ٣٦٩ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٦٦ هامش ١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٧ ص ٣٢٨ – ص ٣٢٩ (ومن رأيه معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة ، ويكون ذلك بتقسيم العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوى) .

وعلى ذلك إذا تزاحم جاران فى أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة ، وكان عقار أحد الجارين ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولها فى الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كحق مطل أو حق مرور ، وكان عقار الجار الآخر ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولا شيء غير ذلك ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن عقاره أكثر اتصالا بالعقار المشفوع فيه ، فتعود الشفعة على عقاره بمنفعة أكبر .

وإذا تزاحم جاران فى أخذ أرض زراعية بالشفعة ، وكانت أرض أحد الجارين ملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، وكانت أرض الجار الآخر ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين اثنتين فقط ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن أرضه أكثر اتصالا بالأرض المشفوع فيها ، فتعود الشفعة على أرضه بمنفعة أكبر . أما إذا كانت أرض الجار الثانى ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وعليها فى الوقت ذاته حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فيغلب أن يقدم الجار الثانى على الجار الأول ، لأن الملاصقة من جهتين مع قيام حق ارتفاق تجعل أرض الجار الثانى فى الغالب أكثر اتصالا بالأرض المشفوع فيها من أرض الجار الأول الملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، فيأخذ الجار الثانى وحده الأرض المشفوع فيها [1] . على أن ذلك يجب أن يكون محلا لتقدير قاضى الموضوع ،

---

(١) وقد قضى بأنه إذا تزاحم جاران لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوع فيها ، ولكن أحد الجارين مجاور من جهة واحدة فى حين أن الجار الآخر من جهتين ، فضل الجار الآخر المجاور من جهتين (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧١) . وإذا كان عقار كل من الجارين مثقلا بحق ارتفاق لمصلحة العقار المشفوع فيه ، فضل من كان حق ارتفاقه أشد عبئاً (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٠) . وقضى بتفضيل الجار مالك العقار الأصغر ، لأنه إذا ضم العقار المشفوع فيه حصل على منفعة أكبر (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٤ – ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣) . وانظر أيضاً فى تفضيل الجار الذى تعود عليه منفعة أكبر : استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ – ١٠ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ (تفضيل الجار الذى يملك وحده العقار المشفوع به على الجار الذى لا يملك العقار المشفوع به إلا على الشيوع) – ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يستبعد من بين الجيران المتزاحمين فى الأخذ بالشفعة الجار الذى تقرر إدخال عقاره الذى يشفع به فى طريق عام صدر مرسوم به (استئناف مختلط ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٠) .

فاذا قدر أن الملاصقة من ثلاث جهات فى حالة بعينها تجعل الاتصال أوثق ، كان له أن يقضي بالشفعة للجار الأول وحده [١] .

وإذا اعتبرنا مالك الطبقة من الدار جارا ملاصقا للطبقة التى تحته وللطبقة التى فوقه كما هو الرأى الراجح ، وزاحمه جار عادى ، فانه يفضل على الجار العادى ، لأن طبقته أكثر اتصالا بالطبقة المبيعة من عقار الجار العادى . أما إذا بيعت طبقة من الدار وتزاحم على أخذها بالشفعة مالك الطبقة الأعلى مباشرة ومالك الطبقة الأسفل مباشرة ، فالغالب تفضيل مالك الطبقة الأعلى ، فيأخذ وحده الطبقة المتوسطة بالشفعة . على أن المسألة متروكة لتقدير قاضى الموضوع ، فقد يرى ، من موقع كل من الطبقتين بالنسبة إلى الطبقة المتوسطة ومن الظروف الأخرى المحيطة بالبناء ، تفضيل مالك الطبقة الأسفل ، فيأخذ هذا وحده الطبقة المبيعة بالشفعة .

وهناك خلاف فى الرأى ، فيما إذا لم يتيسر تعيين من من الجيران المتزاحمين تعود الشفعة عليه بمنفعة أكبر ، بحيث يبدو أن الكل يتساوون فى المنفعة . فرأى يذهب إلى أن العقار المشفوع فيه يقسم فى هذه الحالة بين الجيران المتزاحمين بالتساوى فيما بينهم ، ما دام أن أحدا منهم لا يرجح الآخرين فى المنفعة التى تعود عليه من الشفعة ، فلا يجوز لأحد أن يستأثر بها ، كما لا يجوز حرمان الجميع منها ، وهذا هو الحكم المقرر فى الفقه الإسلامى [٢] . ويذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز تقسيم العقار المشفوع فيه بين الجيران ، والتقسيم لا يكون إلا بين الشفعاء الآخرين غير الجيران بحسب صريح النص إذ يقسم العقار المشفوع فيه بين هؤلاء الشفعاء الآخرين بنسبة نصيب كل منهم فى العقار

---

(١) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما إذا تزاحم الجيران فى الأخذ بالشفعة ، فإن الذى يقدم منهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره ، ويترك هذا لتقدير القاضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٢) .

(٢) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ – المنصورة الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٩ – استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٦ وص ٤٣٧ – ص ٤٣٨ – ومن الفقهاء من يذهب إلى أن التقسيم ما بين الجيران يكون بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٨) .

المشفوع به . أما الجيران فلم يرد في شأنهم نص مماثل ، بل ورد النص (في قانون الشفعة السابق) بوجوب تفضيل من تعود عليه من الأخذ بالشفعة منفعة أكبر . وقد رجعت محكمة الاستئناف المختلطة إلى هذا الرأى ، إذ قضت بأن قسمة العقار المشفوع فيه التي كانت مقررة في الشريعة الإسلامية قد ألغاها قانون الشفعة الذى يقدم في حالة التزاحم الجار الذى تعود على عقاره منفعة أكبر من غيره . ولا يقرر القسمة إلا في حالة التزاحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء في الملك أو أصحاب حق الانتفاع [1] . والذى نراه أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذى تعود الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر ، افترض في ذلك أنه يمكن دائما ، إذا تزاحم الجيران الشفعاء ، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة أكثر من غيره ، وهذا الجار هو الذى يأخذ وحده بالشفعة ولا يزاحمه فيها الجيران الآخرون . وما دامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضى الموضوع ، فإن القاضى سيجد دائما في ظروف الدعوى ، وموقع العقارات ، واتصال العقار المشفوع به بالعقار المشفوع فيه ، والحاجات المتنوعة للعقار المشفوع به ، وافتقاره في بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيادة مرافقه أو تيسير اتصاله بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام ، وما إلى ذلك ، مبررا لتقديم جار على جار ، وإيثار أحد الجيران المتزاحمين دون غيره في الأخذ بالشفعة .

١٩٩ – الحالة الثالثة – تزاحم الشفعاء مع المشترى وهو شفيع مثلهم – تزاحم مع شفعاء أدنى منه طبقة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدنى ، كما رأينا [2] ، على ما يأتى : « فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم . . من طبقة أدنى . . . » . والنص يفترض أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذى اشتراه ،

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ – وانظر محمد كامل مرسى في الشفعة ص ١٤٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أدنى منه طبقة (١) .

فهو إما مالك الرقبة فى عقار تقسم فيه حق الانتفاع بين شريكين فى الشيوع ، وقد اشترى حصة أحد الشريكين فى حق الانتفاع . فإذا تقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى فى حق الانتفاع باعتباره شريكا فى الشيوع ، أو تقدم الجار للأخذ بها ، لم يجز لأى منهما الأخذ بالشفعة . ذلك أنه لو كان المشترى شخصا آخر غير مالك الرقبة ، لكان مالك الرقبة نفسه شفيعا فى الطبقة الأولى من الشفعاء . ولو زاحمه فى الأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى فى حق الانتفاع باعتباره شريكا فى الشيوع فى الطبقة الثانية بين الشفعاء ، أو زاحمه الجار وهو فى الطبقة الخامسة والأخيرة بين الشفعاء . لفضل على كل منهما باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دونهما بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة فى حق الانتفاع . فإذا كان هو الذى اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على كل من الشفيعين الآخرين اللذين هما أدنى منه طبقة . وعلى ذلك لا يجوز لأحد من هذين أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع أعلى منه طبقة .

---

(١) وواضح أن المشترى يكون قد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت أن اشترى ، حتى لو فقد هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء ، كأن كان شريكاً فى الشيوع فى بناء واشترى البناء الملاصق ، ثم اقتسم بعد ذلك البناء الذى يملك فيه حصة شائعة وكان نصيبه المفرز لا يلاصق البناء الذى اشتراه . وما دام المشترى الشفيع قد اشترى العقار المشفوع فيه ، فليس به حاجة إلى اتباع إجراءات الشفعة ، لأنه إنما يملك العقار بطريق الشراء لا بطريق الشفعة ، ولأنه لا يوجد بيع يشفع فيه ، ولا يحل محل مشتر غيره إذ أنه هو المشترى نفسه (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ – ص ٤٣١) .

وإذا كان مستساغاً أن يقال إن الحالة التى يكون فيها المشترى شفيعاً ليست حالة تزاحم بين الشفعاء ، لأن التزاحم إنما يكون بين أكثر من شفيع ، لا بين شفيع ومشتر ولو كان المشترى تثبت له صفة الشفيع (أنظر فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص ٣٣٧ هامش ٢) ، إلا أنه قد لوحظ عند إيراد هذه الحالة بين حالات تزاحم الشفعاء أن المشترى هو أيضاً شفيع يزاحمه شفعاء آخرون ، فيتقدم عليهم إذا كانوا من طبقته أو من طبقة أدنى ، ويتقدمون عليه إذا كانوا أعلى منه طبقة ، فلا يخلو الأمر من معنى المزاحمة بمهما يكن من أمر ، فإن تقريب هذه الحالة من حالات تزاحم الشفعاء مستساغ من الناحية العملية على الأقل .

وقد يكون المشترى هو أحد شريكين لعقار شائع بينهما ، وقد اشترى حصة الشريك الآخر . فإذا تقدم الجار لأخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشترى شخصا آخر غير الشريك فى الشيوع ، لكان الشريك فى الشيوع نفسه شفيعا فى الطبقة الثانية بين الشفعاء . ولو زاحمه فى الأخذ بالشفعة الجار وهو فى الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة . ولأخذ وحده دون الجار الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . فإذا كان هو الذى اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على الجار . وعلى هذا لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشترى هو صاحب حق الانتفاع فى عقار ، وقد اشترى الرقبة من صاحبها . فإذا تقدم الجار لأخذ الرقبة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشترى شخصا آخر غير صاحب الانتفاع ، لكان صاحب حق الانتفاع نفسه شفيعا فى الطبقة الثالثة بين الشفعاء . ولو زاحمه الجار وهو فى الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دون الجار الرقبة المبيعة بالشفعة . فإذا كان هو الذى اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على الجار . ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشترى هو صاحب الرقبة فى أرض محكرة وقد اشترى حق الحكر ، أو يكون هو صاحب حق الحكر وقد اشترى الرقبة . فى الحالين إذا تقدم الجار لأخذ حق الحكر أو الرقبة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك لأنه لو كان الذى اشترى حق الحكر أو الرقبة شخصا آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر ، لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفيعا فى الطبقة الرابعة بين الشفعاء . ولو زاحمه الجار وهو فى الطبقة الخامسة والأخيرة لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة . ولأخذ بالشفعة دونه الحكر أو الرقبة . فإذا كان هو الذى اشترى الحكر أو الرقبة ، فإنه من باب أولى يفضل على الجار . فلا يجوز للجار أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة .

٢٠٠ – تزاحم المشترى مع شفعاء من نفس طبقته : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدنى ، كما رأينا [١] ، على ما يأتى : « فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . . . » . والنص يفترض أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته .

وهذه المسألة ، قبل أن يبت فيها التقنين المدنى الجديد بنص صريح كما رأينا ، كانت من بين المسائل التى اشتد فيها الخلاف وانقسم فيها كل من الفقه والقضاء . ونعرض فى إيجاز خلاصة لهذا الخلاف بعد أن أصبح فى ذمة التاريخ منذ أن حسم بالنص الصريح كما قدمنا . فقد كان التقنين المدنى المختلط السابق يحتوى نصا لا يخلو من الغموض هو نص المادة ٩٥ من هذا التقنين . ويقضى بجواز أن يأخذ الشريك فى الشيوع بالشفعة من شريك مثله اشترى من شريك ثالث حصته الشائعة ، وعلى هذا الشريك الشفيع أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه فى العين إذا طلبوا ذلك . ولم يكن لهذا النص نظير فى التقنين المدنى الوطنى السابق فتضاربت الأحكام الوطنية والمختلطة . فمن الأحكام المختلطة ما قاس حالة الجار على حالة الشريك فى الشيوع ، وأجاز للجار أن يأخذ بالشفعة من المشترى حتى لو كان جارا مثله ، فيقسم العقار المشفوع فيه بين الجار المشترى والجار طالب الشفعة [٢] . ومنها ما قضى بالا شفعة للجار من المشترى إذا كان جارا مثله ، لعدم ورود نص فى الجار كما ورد النص فى الشريك فى الشيوع [٣] . ومن الأحكام الوطنية ما طبق حكم المادة ٩٥ مدنى مختلط من غير أن يكون لها نظير فى التقنين المدنى الوطنى ، فقضى بجواز أن يأخذ الشريك فى الشيوع بالشفعة من شريك مثله ويتقاسم معه الحصة الشائعة المشفوع فيها [٤] . ومنها ما قضى بالا شفعة من مشتر شفيع ، لعدم ورود

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٩١ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٣ .

(٤) استئناف وطنى ١٢ مايو سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ١٨٩ – الإسكندرية استئنافى ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٥٧ – ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ القضاء ٧ ص ٩٧

نص فى التقنين المدنى الوطنى يماثل نص المادة ٩٥ من التقنين المدنى المختلط(١) .
ثم صدر قانون الشفعة السابق يلغى النصوص الخاصة بالشفعة فى التقنين الوطنى والمختلط ، ويستبدل بها نصوصا أخرى متطابقة للقضائين الوطنى المختلط .
وقد حل محل المادة ٩٥ من التقنين المدنى المختلط المادة ٨ من قانون الشفعة فى كل من القضاء الوطنى والقضاء المختلط ، وتنص على أن « يثبت حق الشفعة ، وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ، ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى(٢) » . وفى نظرنا أن هذا النص ، وإن كان هو أيضا لا يخلو من شئ من الغموض ، أراد واضعه به أن يحل محل المادة ٩٥ من التقنين المدنى المختلط ، مع تعميم حكمه على جميع الفروض ، دون قصره على الفرض الذى يأخذ فيه الشريك فى الشيوع بالشفعة من المشترى إذا كان شريكا مثله . فالنص يضع مبدأ عاما ، هو أن يبقى (Subsiste) حق الشفعة للأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع ، حتى لو كان المشترى هو نفسه شفيعا مثلهم . ولما كان هذا مبدأ عاما يتناول جميع الفروض الثلاثة ، فرض ما إذا كان الشفيع أعلى طبقة بين الشفعاء من المشترى وفرض ما إذا كان فى طبقته وفرض ما إذا كان دونه فى الطبقة ، فقد أراد واضع النص أن يغطى هذه الفروض الثلاثة بعبارة واحدة قال فيها « وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية (Preférence) » . فيتفاضل المشترى ، وهو شفيع ، مع الشفعاء الذين يزاحمونه ويريدون الأخذ منه بالشفعة . ولا يمنعهم من ذلك كون المشترى شفيعا مثلهم بعد أن تقرر المبدأ العام القاضى بجواز الأخذ بالشفعة من المشترى الشفيع . فإذا ما تفاضل المشترى الشفيع مع الشفعاء الآخرين ، وجب أن « تراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية » . وعلى ذلك إذا كان الشفيع أعلى طبقة من المشترى فضل

---

(١) استئناف وطنى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٣٩ – مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ .

(٢) وأورد المشرع المصرى النص الفرنسى للمادة ٨ من قانون الشفعة على الوجه الآتى :
Le droit de préemption subsiste, et la règle établie à l'article précédent qui détermine la preférence est applicable, même dans le cas où l'ocquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er. pour se rendre lui-même préempteur.

عليه وأخذ العقار المبيع منه بالشفعة ، وإذا كان فى طبقته ساواه وشاركه فى العقار المبيع . وإذا كان دونه طبقة لم يجز له الأخذ بالشفعة إذ يفضل عليه المشترى . وهذه الأحكام تتفق فى جملتها مع ما هو مقرر فى الفقه الإسلامى . وقد أراد المشرع المصرى أن يستلهم هذا الفقه فيما قرره من ذلك [١] . ومع أنه من اليسير أن تستخلص هذه الأحكام من نص المادة ٨ من قانون الشفعة السابق الذى تقدم ذكره . إلا أن كلا من الفقه والقضاء انقسم فى تفسير هذا النص . فبعض فهم منه أنه يقضى بجواز أن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر فى طبقته أو دونه طبقة ولا يأخذ بها من مشتر أعلى منه طبقة . وهذا هو التفسير المعقول للنص [٢] . وبعض قصر النص على فرض واحد هو ما إذا زاحم المشترى شفيع أعلى منه طبقة مفسرا لفظ الأولوية (Préférence) بهذا

---

(١) وفى الفقه الإسلامى ، إذا شارك الشفيع المشترى الشفيع الذى هو من طبقته ، رأيان – رأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشترى الشفيع بالتساوى . جاء فى الفتاوى الهندية (حنفى) : « لو أن رجلا اشترى داراً هو شفيعها ، ثم جاء شفيع مثله ، قضى القاضى بنصفها » (الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٨) . وجاء فى ابن عابدين (حنفى) : لو اشترى إثنان داراً وهما شفيعان ، ثم جاء ثالث بعد ما اقتسما بقضاء أو غيره . فله ، أى للشفيع ، أن ينقض القسمة ضرورة صيرورة النصف ثلثا » (ابن عابدين ٥ ص ٢٤١) . ورأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشترى الشفيع بنسبة حصة كل منهم فى العقار المشفوع به . جاء فى منح الجليل (مالكى) : « إذا كان مشترى الشقص أحد الشفعاء ، ترك للشريك المشترى حصته من الشقص الذى اشتراه التى يشفع فيها لو بيع لغيره . فإن اشترى ذو السدس النصف ، ترك له ثلثه ، وأخذ ذو الثلث ثلثيه » (منح الجليل ٣ ص ٦٠٢) . هذا وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم جواز أخذ الشفيع بالشفعة إذا كان المشترى شفيعاً مثله . جاء فى المغنى (حنبلى) : «حكى عن الحسن والشعبى والبتى أنه لاشفعة للشريك الآخر ، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الدخيل ، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر فى شرائه » (المغنى ٥ ص ٤٦٠) .

وانظر على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثانية ص ١١٠ وما بعدها .

(٢) فإذا شفع من مشتر فى طبقته . قاسمه العقار المشفوع فيه بنسبة حصته فى العقار المشفوع به (استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص ٥٢٨ – بنى سويف الكلية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٤٥ ص ٢٩: – منفلوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص٤٥٩ : – أحمد فتحى زغلول ص ٩٠ – ص ٩ – على زكى العرابى فقرة ٦٨ ص ٤٣ – دى هلتس ٣ لفظ Preemption فقرة ٤٠ ص ٩١ و نظر فى حجج القائلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٦ – ص ٢٧١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٨ ص ٥٦٠ – ص ٥٦٣ .

المعنى ، ففى هذا الفرض وحده يأخذ الشفيع بالشفعة من المشترى الشفيع ويفضل عليه ، أما فى الفرضين الآخرين ، إذا كان الشفيع فى طبقة المشترى أو كان دونه فى الطبقة ، فلا ينطبق النص ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة [1] . ثم أخذ الرأى الأول يتغلب شيئاً فشيئاً حتى ساد الفقه أولا [2] ، ثم ساد القضاء بعد ذلك [3] ، وبه أخذت محكمة النقض [4] .

---

(١) استئناف مصر ٢٤ نوفبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٣٢٤ — استئناف أسيوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص ٨١٤ — طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٢٤٠ — الإسكندرية الكلية الوطنية ١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٨ ص ١٤٠ — استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤١ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣ — ٢ [illegible] ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ — ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧٠ — وانظر فى حجج القائلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٧ — ص ٢٨٠ .

(٢) حامد فهمى فى المشترى الشفيع كغيره من الشفعاء استحقاقاً ومزاحمة فى مجلة المحاماة ٨ ص ٢٦١ — ص ٢٧٥ — عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٠٦ ص ٦٩٣ — محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٠ — ص ٢٨٢ — ومع ذلك انظر محمد على عرفة فى تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ فى مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ٤١٥ ص ٤٣٥ والجزء الثانى فى أسباب كسب الملكية فقرة ٣٤١ .

(٣) استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩ ص ٤٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨١ ص ١٤٧ — المحلة الكبرى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٧ ص ١٢٦ — ومع ذلك انظر أسيوط الكلية ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٣ ص ٨٥ — وانظر فى تطور القضاء فى هذه المسألة محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن النص الفرنسى للمادة ٨ من قانون الشفعة ، وهو النص الأصلى الذى وضع به القانون ، يفيد تقرير حق الشفعة وتطبيق الأحكام الواردة فى المادة ٧ فى الحالة التى يكون فيها المشترى حائزاً لما يجعله شفيعاً . ولا يمكن أن يستفاد منه أن يكون حق الشفعة مقصوراً على حالة التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة دون حالة التزاحم بين شفعاء من طبقة واحدة ، فالنص لا يحتمل هذه التفرقة (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة رجحت القول الذى يقول بعدم جواز الشفعة فى الحالة التى يكون فيها الشفيع من مرتبة المشترى ، أخذاً بما انتهى إليه الشارع فى المادة ٩٣٧ من القانون المدنى الجديد ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون مما =

وواجه التقنين المدنى الجديد هذا الرأى المتغلب ، ووازن بينه وبين الرأى الآخر ، فرجح عنده الرأى الآخر . ذلك أنه إذا أمكن التسليم بأن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر يكون الشفيع أعلى منه طبقة . فليس من اليسير أن يسلم بهذا الحق الاستثنائى ، وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدنى هى القاعدة التى تقضى بألا ينزع من المالك ملكه دون رضاه ، لشفيع لا يعلو على المشترى فى طبقته . فإن الشفيع إذا كان فى طبقة المشترى ، فلا معنى لإعطائه الحق فى الشفعة ومشاركة المشترى فى العقار المشفوع فيه . فإن المشترى يعادله فى الطبقة ويزيد عليه بأنه هو الذى وقع عليه دون الشفيع اختيار البائع فآثره بالصفقة . ولا مبرر هنا للتجاوز عن إرادة البائع وإهدار هذه الإرادة . فالشفيع لا يعلو على المشترى فى الطبقة . ثم إن المشترى ليس بأجنبى طرأ على الشركة أو الجوار ويراد التخلص منه بالشفعة ، إذ هو شريك قديم أو جار قديم لا يقل شأنه فى ذلك عن شأن الشفيع . وعلى ذلك أخذ التقنين المدنى الجديد بعكس الرأى الذى كان سائدا فى الفقه والقضاء ، ونص كما رأينا على أنه « إذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم دون طبقته . . . » . وقد حسم هذا النص كل خلاف فى هذه المسألة ، ووضع الأمور فى نصابها الصحيح .

فإذا كان هناك عقار يملكه اثنان فى الشيوع ورتبا عليه حق انتفاع فأصبحا مالكين للرقبة فقط ، واشترى أحدهما حق الانتفاع ، لم يجز للشريك الآخر فى الرقبة أن يأخذ بالشفعة من الشريك الأول المشترى ويشاركه فى حق الانتفاع لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته ، وهى الطبقة الأولى . وإذا كان هناك عقار يملكه ثلاثة على الشيوع ، وباع أحد هؤلاء الشركاء حصته الشائعة لشريك

= ما جرى به قضاء محكمة النقض . وذلك لأن هذا النص الذى طبقته المحكمة لا يسرى على الماضى ولا يعمل به إلا بالنسبة إلى المنازعات التى تقع ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فى حين أن دعوى الشفعة رفعت فى سنة ١٩٤٧ (نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩) - وانظر نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٨ رقم ٦٨ - ٣ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٧١٨ رقم ٧٠ .

ثان ، لم يجز للشريك الثالث أن يأخذ بالشفعة من الشريك الثانى ويشاركه فى الحصة الشائعة المبيعة ، لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته : وهى الطبقة الثانية . وإذا رتب صاحب العقار حق انتفاع على عقاره لشخصين على الشيوع فأصبح مالكا للرقبة فقط ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يأخذ بالشفعة من المشترى ويشاركه فى الرقبة ، لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته ، وهى الطبقة الثالثة . وإذا كان شخصان يملكان أرضا وحكراها فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع صاحب حق الحكر حقه لأحدهما ، فإن الثانى لا يجوز له الأخذ بالشفعة من المشترى ويشاركه فى حق الحكر ، لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته ، وهى الطبقة الرابعة . والعكس صحيح ، فإذا كان شخص يملك عقارا وحكره لشخصين على الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي الحكر ، فإن صاحب الحكر الثانى لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة من المشترى ويشاركه فى الرقبة ، لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته ، وهى أيضا الطبقة الرابعة . وإذا باع شخص عقاره لأحد جيرانه ممن يحق لهم أخذ العقار بالشفعة ، لم يجز لجار آخر أن يأخذ بالشفعة من الجار المشترى ، إذ أن المشترى شفيع مثله وفى طبقته ، وهى الطبقة الخامسة .

٢٠١ – تزاحم المشترى مع شفعاء أعلى منه طبقة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدنى ، كما رأينا [١] ، على ما يأتى : « فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل . . . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . والنص يفترض أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أعلى منه طبقة . فى هذا الفرض وحده يفضل الشفيع على المشترى لأنه أعلى منه طبقة . ويجوز له أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشترى . وليس للمشترى أن يعترض ، فإن سبب الشفعة فى الشفيع أقوى من سببها فى المشترى ، وليس للبائع أن يؤثر المشترى على

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

الشفيع على خلاف ما يقضى به القانون من إيثار الشفيع على المشترى [1] .

وعلى ذلك إذا كان مالك العقار قد رتب عليه حق انتفاع لشريكين فى الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، وباع أحد الشريكين فى حق الانتفاع حصته الشائعة فى هذا الحق للشريك الآخر . فإن مالك الرقبة له أن يأخذ هذه الحصة الشائعة من المشترى بالشفعة . ولا يستطيع المشترى الشريك فى حق الانتفاع أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه شريك فى الشيوع : ذلك لأن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة ، إذ هو فى الطبقة الأولى فى حين أن الشريك فى الشيوع فى الطبقة الثانية .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا فى الشيوع ورتبا عليه حق انتفاع فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة . وباع أحدهما حصته الشائعة فى الرقبة لصاحب حق الانتفاع ، فإن الشريك الآخر فى الرقبة له أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة من صاحب حق الانتفاع . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الشريك بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الانتفاع ، ذلك لأن الشريك الآخر فى الرقبة شريك فى الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو فى الطبقة الثانية فى حين أن صاحب حق الانتفاع فى الطبقة الثالثة .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا على الشيوع وحكراه فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع أحدهما حصته الشائعة فى الرقبة لصاحب حق الحكر ، جاز للشريك الآخر فى الرقبة أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة من صاحب حق الحكر . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الحكر : ذلك لأن الشريك الآخر فى الرقبة شريك فى الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو فى الطبقة الثانية فى حين أن صاحب حق الحكر فى الطبقة الرابعة .

---

(١) وعندما ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدقى هذه المسألة ، قال أحد الأعضاء « إنه يرى تفضيل المشترى حتى على الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى ، واقترح تعديل النص بهذا المعنى . واستند فى ذلك إلى مبدأ حرية التعاقد وإلى أن المشترى فى هذه الحالة يجمع بين صفتى المشترى والشفيع . وأخذ الرئيس الآراء عن التعديل . فرفضت اللجنة الاقتراح بأغلبية الآراء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ فى الهامش) . وقررت اللجنة تقديم الشفيع عن المشترى ، إذا كان الشفيع أعلى طبقة من المشترى .

وعلى ذلك أخيرا إذا كان شخصان يملكان عقارا فى الشيوع ، وباع أحدهما حصته الشائعة لجار ، جاز للشريك الآخر فى الشيوع أن يأخذ الحصة الشائعة من الجار بالشفعة . ولا يستطيع الجار أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه جار ، ذلك أن الشريك الآخر فى الشيوع أعلى منه طبقة ، إذ هو فى الطبقة الثانية والجار فى الطبقة الخامسة .

أما إذا باع مالك العقار عقاره لجار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإن أى جار آخر ، ولو كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر ، لا يستطيع الأخذ بالشفعة من الجار المشترى . ذلك أن كل الجيران فى رأينا من طبقة واحدة . ولا يعلو أحدهم على الآخرين لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . والمادة ٩٣٦ مدنى ، عند ما رتبت طبقات الشفعاء ، لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هى الطبقة الأخيرة ، فلا يعلو جار على جار . ومن ثم إذا اشترى جار العقار المشفوع فيه ، لم يستطع أى جار آخر ولو كانت منفعته أكبر أن يأخذ منه العقار بالشفعة لأنه من طبقته[1] ، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من مشتر يكون شفيعا من طبقته كما سبق القول[2] . وإنما يتفاضل الجيران بالمنفعة الأكبر إذا كانوا كلهم شفعاء دون أن يكون فيهم مشتر ، فإذا كان أحد الجيران هو المشترى تميز على سائر الجيران لأنهم جميعا من طبقته كما قدمنا فلا يجوز لهم أن يأخذوا منه العقار المبيع بالشفعة[3] . وإذا اعتبرنا مالك الطبقة شفيعا بسبب الجوار كما

---

(١) أنظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص ٢٦٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٦٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص ٣٣٦ – وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

(٣) ومع ذلك جرى القضاء ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، بأن الشفيع الجار يقدم على المشترى الجار ، فيكون له حق الأخذ بالشفعة ، إذا كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأنه إذا تعدد طالبو الشفعة من الجيران ، وكان المشترى أحد الشفعاء ، وجب أن يرجح منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره (استئناف مصر ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠) . وانظر استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ – ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص ٥٣٨ – استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٧٠ – وقضت =

هو الرأى الراجح ، فإنه يدخل أيضا فى الطبقة الخامسة مع سائر الجيران. وعلى ذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشتر هو من طبقته ، وكذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأسفل لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لنفس السبب . ولنفس السبب أيضا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لأحد صاحبى الطبقتين الأعلى والأسفل ، لم يستطع الجار العادى أن يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة . ولنفس السبب أخيرا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لجار عادى ، لم يستطع أى من صاحبى الطبقتين الأعلى والأسفل أن يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة ، وذلك بالرغم من أن صاحب الطبقة الشفيع أوثق اتصالا بالطبقة المبيعة وتعود عليه الشفعة بمنفعة أكبر ، فهو مع ذلك كله لا يزال فى طبقة الجار العادى كما سبق القول . ولو قلنا بأن صاحب الطبقة يشفع باعتباره شريكا فى الشيوع لتغير الحكم ، ولأخذ بالشفعة من مشتر هو جار عادى لأنه يصبح أعلى منه طبقة ، إذ يصبح فى الطبقة الثانية باعتباره شريكا فى الشيوع فى حين أن الجار العادى هو فى الطبقة الخامسة . ولكن صاحب الطبقة ، حتى باعتباره شريكا فى الشيوع ، لا يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة من مشتر هو صاحب طبقة أخرى ، لأن كلا من الشفيع والمشترى شريك فى الشيوع أى فى طبقة واحدة ، ولا يأخذ شفيع بالشفعة عقارا اشتراه شفيع من طبقته كما سبق القول [١] .

= محكمة النقض أيضاً فى هذا المعنى بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشترى حائزاً لما يجعله شفيعاً ، وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة فى المادة السابقة لتزاحم الشفعاء . وتنص المادة السابعة على أنه إذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وإعمالا لهذين النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على ملك الشفيع وتلك التى تعود على ملك المشترى ، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقاً لنتيجة الموازنة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشترى أكبر أو إذا تساوت المنفعتان . أما إذ هى لم تفعل ، ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) .

وانظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٢ – ص ٢٨٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٦ ص ٥٥٦ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

المبحث الثانى
كيفية الأخذ بالشفعة

٢٠٢ ـ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن مع رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها : ومتى توافرت شروط الأخذ بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فإن الشفيع يلزمه اتباع إجراءات رسمها القانون للأخذ بالشفعة . ويمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين :
(المرحلة الأولى) إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

(المرحلة الثانية)إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها.

المطلب الأول
إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة

٢٠٣ ـ نص قانونى : تنص المادة ٩٤٠ مدنى على ما يأتى :

« على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك (١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها لكل من البائع والمشترى فى ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ الإنذار الرسمى الذى أعلنه به البائع أو المشترى . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك» . وفى لجنة المراجعة أضيف النص على سقوط الحق فى الشفعة عند عدم إعلان الرغبة فى الميعاد المقرر ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١١٠٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة «من تاريخ علمه بالبيع أو» ، فتسرى مدة الخمسة العشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى وحده دون العلم بالبيع ، «إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا ، فحسما لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمى وحده» ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٠ . ويبدو أن التعديل الذى أدخله مجلس النواب بحذف سريان الميعاد من تاريخ العلم بالبيع قد أغفل إثباته ، فوصل النص بدون هذا التعديل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فأدخلت هذه اللجنة التعديل ذاته مرة أخرى على النص ، إذ رأت « حسما للخلاف ومنعاً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمى لأنه تاريخ ثابت لايحتمل التأويل ، ولذلك تقرر حذف عبارة من تاريخ علمه بالبيع أو» ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٠ ، وقد أصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٠ – ص ٤١٧) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ١/١٤ وم ٢/١٩ [١] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٤٤ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٣٨ (العبارة الأولى) – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٢٤٧ [٢]

والحق فى الشفعة يثبت إما بالتراضى أو بالتقاضى .

وهو يثبت بالتراضى متى سلم المشترى للشفيع بالشفعة عن رضاء منه ، فيحل الشفيع محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع البائع ،

---

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشترى بطلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً .

م ٢/١٩ : يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية : إذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة .

(وتتفق أحكام قانون الشفعة السابق مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أمرين : (١) كان من الواجب فى قانون الشفعة السابق أن يتضمن إعلان الرغبة عرض الثمن وملحقاته ، أما فى التقنين المدنى الجديد فقد استغنى عن ذلك بالزام الشفيع أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . (٢) كان ميعاد الخمسة العشر يوماً فى قانون الشفعة السابق يسرى إما من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت إنذاره بوقوعه ، أما فى التقنين المدنى الجديد فلا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ الإنذار لأنه تاريخ ثابت رسمياً فلا يقع الاختلاف فيه ، وقد حذف سريان الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع لأن العلم بالبيع واقعة غير منضبطة التاريخ وتثير كثيراً من الإشكالات إذا أريد إثباتها) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤٤ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى : م ١١٣٨ العبارة الأولى (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التى تلى التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة السقوط . (والقانون اللبنانى موافق للتقنين المصرى ، فيما عدا أن ميعاد إعلان الرغبة عشرة أيام فى القانون اللبنانى بدلا من خمسة عشر يوماً فى التقنين المصرى)

ويكون على الشفيع التزامات المشترى وله حقوقه على الوجه الذى سنبينه عند الكلام فى آثار الأخذ بالشفعة . ويصح التسليم بالشفعة فى أى وقت إلى يوم رفع دعوى الشفعة . ومتى حصل التسليم بالشفعة ، وجب تسجيل هذا التسليم حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وهذا يقتضى أن يكون التسليم مكتوبا ، وأن تتخذ الإجراءات المقررة فى القانون للتسجيل .

ولكن الشفعة أكثر ما تؤخذ بالتقاضى . وقل أن يسلم المشترى للشفيع بالشفعة . ولو كان التسليم فى نيته لتردد كثيرا قبل أن يقدم على الشراء . وذلك ما لم يكن يجهل وجود الشفيع أو كان يعلم بوجوده ولكنه يعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة . وللتقاضى فى الشفعة إجراءات رسمها القانون . ومواعيد محددة تجب مراعاتها .

فهناك إجراءات تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة . وهى التى نتولى هنا بيانها . وأول هذه الإجراءات هو الإجراء الذى يرمى إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع ، ويكون ذلك بانذار رسمى يوجه إليه من المشترى أو من البائع . وبلى علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى أن يبدى الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة باعلان رسمى لكل من المشترى والبائع . وذلك فى ميعاد معين : ثم يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

فنتكلم فى المسائل الآتية : (١) الإنذار الرسمى بوقوع البيع . (٢) إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . (٣) ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . (٤) تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

٢٠٤ – الانذار الرسمى بوقوع البيع – نص قانونى : تنص المادة ٩٤١ مدنى على ما يأتى :

« يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا » :

« (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا » .

« (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه » [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يعلن الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على يد محضر ، وإلا كان باطلا . ويجب أن يشتمل على ما يأتى : (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته ومحل سكنه» . وفى لجنة المراجعة عدل النص «بحذف العبارات المتضمنة تفصيلات لا حاجة لها» ، فأصبح كما يأتى : «يشمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة البيانات الآتية ، وإلا كان باطلا : (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه» ، وصار رقمه ١٠١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيف إلى مشتملات الإنذار الرسمى فضلا عن بيان الثمن «المصروفات الرسمية» «كمصاريف التسجيل وما يماثلها ، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة» ، وأصبح النص تحت رقم ٩٤١ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٧ – ص ٤١٩) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ٢١ : يجب أن يعلن التكليف الرسمى المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر ، وأن يشتمل على البيانات الآتية ، وإلا عد لاغياً . وهذه البيانات هى : أولا – بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه . ثانياً – بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى .

(وأحكام قانون الشفعة السابق فى هذا الخصوص تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى : م ٩٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١١٣٨ : على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشترى أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشترى ، وإلا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ومحل إقامته ، وإلا كان الإنذار باطلا .

(والتقنين العراقى يوافق التقنين المصرى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى : م ١/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : للمشترى بعد تسجيل العقد أن يعلم الشفعاء بالتسجيل بواسطة الكاتب العدل للمقيمين فى لبنان ، ووفاقاً

وتفتتح إجراءات الشفعة عادة بهذا الإنذار الرسمي . والغرض منه إخطار الشفيع بوقوع البيع الذى يجوز الأخذ فيه بالشفعة وبثمن وشروط البيع . حتى يتدبر الشفيع أمره فاذا رأى الأخذ بالشفعة أعلن رغبته فى ذلك . والإنذار يوجهه المشترى أو البائع (انظر م ٩٤٠ مدنى) ، فاذا وجهه أحدهما أغنى ذلك عن أن يوجهه الأخر . ويوجه الإنذار إلى الشفيع [١] إذا كان واحدا ، فاذا تعدد الشفعاء ولو تفاوتت طبقاتهم وجب أن يوجه الإنذار إلى كل منهم ، حتى من كانت طبقته متأخرة ، لاحتمال أن يترك الشفعاء المتقدمون شفعتهم فيأخذ المتأخر بالشفعة .

ويجب أن يكون الإنذار رسميا على يد محضر ، فالإخطار الشفوى ، بل الإخطار المكتوب (ككتاب فى البريد ولو كان مسجلا بعلم وصول) إذا لم يكن إنذارا رسميا على يد محضر ، لا يكفى لجعل ميعاد الخمسة العشر يوما لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يسرى [٢] .

ويجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية ، وإلا كان باطلا فلا يسرى ميعاد الخمسة العشر يوما : أولا — بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا ، ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته وبذكر أى بيان آخر من شأنه أن يكون نافيا للجهالة بالعقار [٣] . ثانيا — بيان الثمن الذى بيع به العقار ، وبيان

= المادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية للمقيمين فى بلاد أجنبية ، على أن يبين فى التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم العاقدين ومحل إقامتهما والثمن وملحقاته وشروط العقد.
(والقانون اللبنانى يوجب على المشترى تسجيل البيع ثم إرسال تبليغ رسمى للشفيع يشتمل على بيانات مماثلة للبيانات المشار إليها فى التقنين المدنى المصرى) .

(١) ويجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع ، إذا كان مفوضاً فى تمثيل موكله أمام المحاكم وفى أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧) .

وسواء كان الإنذار موجهاً إلى الشفيع أو إلى وكيله ، فانه يجب أن يكون إعلان هذا الإنذار فى موطن المعلن إليه أى فى المكان الذى يقيم فيه عادة (م ٤٠/١) مدنى) ، لأن المكان الذى يباشر فيه تجارة أو حرفة فى هذا المكان لا يكون موطناً إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدنى) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (أنظر مايلى فقرة ٢٠٥) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧ .

(٣) فاذا كان الشفيع شريكاً مشتاعاً فى العقار ، ووصف الإنذار العقار المبيع بأنه حصة شائعة فى هذا العقار مقدارها كذا فداناً بناحية كذا تتبعها ماكينة ، سراى ومبان ، فهذا =

المصروفات الرسمية بالإضافة إلى الثمن . ويراد بالمصروفات الرسمية الرسوم المقررة ، كرسوم توثيق البيع إذا كتب فى ورقة رسمية ورسوم التسجيل إذا سجل . أما المصروفات الأخرى ، كالسمسرة وأتعاب المحاماة : فليس من الواجب ذكرها ، فاذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حدة بشرط أن يقيم المشترى الدليل عليها وفقا للقواعد المقررة فى الإثبات.[1] ويذكر كذلك فى الإنذار اسم كل من المشترى والبائع ولقبه وصناعته وموطنه وذلك حتى يتعين تعيينا كافيا وحتى يمكن أن يعلن برغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة إذا ما رغب فى ذلك[2].

= البيان كاف مانع للجهالة . وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقار على هذا النحو كاف ، ومن شأنه تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً نافيا للجهالة ، بحيث يستطيع أن يتدبر فى أمر الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يتركه ، وبأن تقرير ما إذا كان بيان العقار المبيع كافياً أو غير كاف متروك لقاضى الموضوع ، فمتى أقام قضاءه على أسباب سائغة فلا معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٠ ص ١٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٢٣ ص ٤٢٩ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ .

(١) أنظر التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الشأن ص٦٢٤ هامش١ – وكان هذا التعديل الذى يقضى ببيان المصروفات الرسمية فى الإنذار مفهوماً لو كان الشفيع يلتزم ، قبل رفع دعوى الشفعة ، بايداع الثمن والمصروفات الرسمية . ولكننا سنرى (أنظر مايلى فقرة ٢١٤) أن الشفيع يلتزم بايداع الثمن وحده دون المصروفات ، وسواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فستكون جميعها «محل مطالبة على حدة» . فليست هناك إذن فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التى يتضمنها الإنذار الرسمى ، وكان يكفى ذكر الثمن فهو وحده الذى يلتزم الشفيع بايداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بشروط البيع التى استلزم القانون بيانها فى الإنذار هى شروطه الأساسية التى لابد من علم الشفيع بها ، حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم . وإذ كان شرط منح المشترى أجلا فى الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق فى الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها ، ذلك أنه ملزم فى جميع الأحوال طبقاً للمادة ٩٤٢ مدنى بايداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل البيع به وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها ، وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة ، كما أنه طبقاً للمادة ٩٤٥ مدنى لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشترى إلا برضاء البائع ، وحتى فى حالة حصول هذا الرضاء فانه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل فى الميعاد القانونى . ومن ثم فليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها ، وبالتالى فان عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشترى إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار . ولا يعتبر كذلك من شروط =

وحتى يسرى ميعاد الخمسة العشر يوما لإعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . يجب توجيه هذا الإنذار الرسمى إلى الشفيع على الوجه السابق بيانه ، ولا يغنى عنه أية ورقة رسمية أخرى ولو كانت معلنة على يد محضر. فلو أن المشترى لحصة شائعة فى عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد . وأدخل فى الدعوى سائر الشركاء فى الشيوع ليكون الحكم فى مواجهتهم فأعلنهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد . لم يغن إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمى ، بالرغم من أن عريضة دعوى صحة التعاقد تتضمن عادة البيانات التى يتضمنها الإنذار الرسمى.[1] ومن ثم يبقى للشركاء فى الشيوع حق الأخذ بالشفعة ، حتى لو انقضى خمسة عشر يوما من وقت إعلان عريضة دعوى صحة التعاقد، ما دام المشترى أو البائع لم يوجه لهم الإنذار الرسمى على الوجه الذى تقدم ذكره .

وإذا كان الشفيع يستطيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوما من يوم إنذاره من المشترى أو من البائع بوقوع البيع . فان ذلك لا يمنع من أنه يستطيع إعلان هذه الرغبة قبل أن يصله أى إنذار رسمى . فمتى علم بالبيع ، جاز له أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة على الوجه الذى سنبينه[2] ، دون حاجة إلى انتظار الإنذار . بل جاز له قبل الإنذار أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة . ويعتبر إعلان عريضة دعوى الشفعة إعلانا للرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سيجىء[3] .

٢٠٥ - إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة - نص قانونى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى على ما يأتى :

« إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا ، وإلا كان

= البيع التى توجب المادة ٩٤١ مدنى اشتمال الإنذار عليها ورد فى عقد البيع الصادر للمشترى من أن البائع له تلقى ملكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بعقد ابتدائى ، كما لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط عقد تمليك البائع (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١) .

(١) استئناف القاهرة ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٤ ص ٦٦٩ – شبين الكوم ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٥ ص ٨٣٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٤ ص ٤٧٨ وص ٤٨٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٣ ص ٤٧٠ .

(٢) عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥١ .

(٣) أنظر مايلى فقرة ٢٠٥ .

باطلا . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل »[1] .

فمتى أنذر الشفيع بوقوع البيع على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فانه يجب عليه ، إذا أراد الأخذ بالشفعة ، أن يبدى رغبته فى ذلك ، وأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشترى والبائع . وقد رأينا المادة ٩٤٠ مدنى [2] تقول : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٠ / ١ و٣ و٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون على يد محضر ، وإلا كان باطلا . ٢ - ولايكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل فى قلم الرهون بالمحكمة المختلطة الكائن فى دائرتها العقار . ٤ - وإذا كانت الشفعة بين مصريين ، يكتفى بحصول ذلك التسجيل فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه إلى قلم الرهون بالمحكمة المختلطة الكائن فى دائرتها العقار ، لتسجيله من تلقاء نفسها . ولايكون هذا الإعلان حجة على الغير من ذوى الجنسية الأجنبية الذين يخضعون لاختصاص المحاكم المختلطة إلا من تاريخ هذا التسجيل الأخير » . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة كما حذف الفقرة الرابعة ، وذلك مراعاة للتنسيق الخاص بأحكام التسجيل من حيث بيان جهة حصوله ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٥/١و٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٢/١,٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرة الثالثة إلى الفقرة الأولى وجعلتا فقرة واحدة لاتصال حكمهما ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٩٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٥) .

ويقابل النص المادة ١٤ من قانون الشفعة السابق (المعدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى) : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ، ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى مكتب الشهر الكائن بدائرته العقار .

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأولى : التقنين المدنى السورى : لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى : م ١/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١١٣٨ (أنظر آنفاً ص ٦٢٤ هامش ١) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة . . . (والظاهر أن المقصود بالمطالبة بحق الشفعة هو رفع دعوى الشفعة كما سيجىء : أنظر مايلى ص ٦٧٠ هامش ٢ . وعلى ذلك لايشترط فى القانون اللبنانى أن يسبق رفع دعوى الشفعة ابداء الرغبة فى الأخذ بها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ .

والمشترى . . . » . فإعلان الرغبة يوجه من الشفيع إذا كان واحدا ، أو من كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة إذا تعدد الشفعاء . ويجب أن يوجه إلى كل من المشترى والبائع . فاذا وجه إلى أحدهما دون الآخر ، أو وجه إلى أحدهما فى الميعاد المقرر وإلى الآخر بعد الميعاد المقرر ، كان باطلا ، ومن ثم تسقط شفعة الشفيع (١) . ذلك أن كلا من المشترى والبائع خصم فى دعوى الشفعة إذا أخذت بالتقاضى ، وطرف فيها إذا تمت بالتراضى . فالشفيع ، إذا ثبت له الحق فى الشفعة ، يحل محل المشترى فى مواجهة البائع ، فيكون له حقوق المشترى قبل البائع وعليه التزاماته نحوه . ومن ثم كان هو طرفا فى الشفعة والطرف الآخر هو كل من المشترى والبائع (٢) .

ويكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لكل من المشترى والبائع إعلانا رسميا على يد محضر ، وإلا كان باطلا ، كما تنص على ذلك صراحة المادتان ٩٤٠ و ١/٩٤٢ مدنى سالفتا الذكر (٣) . فيوجه الشفيع الإعلان الرسمى إلى

(١) نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ – ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣ ص ٥٤٦ – ٧ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ – ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ – استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٤٨٣ – ويصح للشفيع أن يوجه إعلاناً واحداً لكل من البائع والمشترى ، كما يصح أن يوجه إليهما إعلانين مستقلين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٩) . وإذا كان طلب الشفعة ناقصاً وأكمله الشفيع بطلب لاحق ، فلابد من إعلان الطلب اللاحق فى الميعاد القانونى وإلا بطلت الشفعة ، لأن الطلب الذى قدم فى الميعاد القانونى ناقص فلا يعتد به ، ولأن الطلب اللاحق الذى يكمل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانونى فلا يعتد به أيضاً (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٦) .

(٢) وإذا تعدد البائعون أو المشترون ، وجب إعلانهم جميعاً بطلب الشفعة فى الميعاد القانونى . ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بسقوط حق الشفيع لعدم توجيهه إنذار الرغبة إلى جميع البائعين . فأجاب الشفيع على ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحرير صحيفة الدعوى ، ولذلك ذكر بها أسماءهم وأماكنهم على حقيقتها ، وكان المشترى لم يعترض على هذه الصحيفة بأى اعتراض ولم يوجه إليها أى طعن ولم يقدم أى دليل على عدم صحة هذه الإجابة ، فان أخذ المحكمة بها لا يكون خطأ فى القانون ولا عيباً فى الاستدلال (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٩١ ص ١٥٧ – وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٤٨٣) .

(٣) وقد قضت المادة ٩٤٠ مدنى (انظر آنفاً فقرة ٢٠٣) بأن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع والمشترى ، وإلا سقط حق الشفيع . وكانت المادة ١/١٤ من قانون الشفعة =

موطن كل من المشترى والبائع ، أى إلى المحل الذى يقيم فيه ، ولا يصح أن يوجه الإعلان إلى المحل الذى يباشر فيه عمله من تجارة أو حرفة . ذلك أن المادة ١١ مرافعات تقضى بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه ، وتقضى المادة ٤٠ / ١ مدنى بأن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » . فيجب إذن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى المكان الذى يقيم فيه عادة كل من المشترى والبائع . ولا يجوز إعلانه فى المكان الذى يباشر فيه المشترى أو البائع تجارته أو حرفته ، فان هذا المكان لا يعتبر موطنا له إلا « بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » (م ٤١ مدنى)[1] .

= السابق تنص على أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشترى بطلبه كتابة على يد محضر » ، ولم ينص صراحة على السقوط . فذهب رأى إلى أن إغفال إعلان البائع بطلب الشفعة لا يؤدى إلى سقوطها بحجة عدم النص صراحة على السقوط (أسيوط الكلية ١٣ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ – وقارن نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٤٠ منه كما رأينا صراحة على سقوط حق الشفيع . وذهب رأى كذلك ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن طلب الشفعة يجوز أن يكون باعلان غير رسمى ولو بكتاب فى البريد لنفس السبب وهو عدم النص صراحة على السقوط فى المادة ١٤/١ من قانون الشفعة السابق (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٠٩ ص ٥١٤ – الإسكندرية الوطنية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٠ ص ٥٨١ – أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ – استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ – ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٤٢ / ١ كما رأينا على بطلان الإعلان إذا لم يكن رسمياً . فحسم التقنين المدنى الجديد ، على هذا الوجه ، كل الخلافات التى كانت قائمة فى شأن هذين الأمرين (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٦ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨) .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٦ ص ٤٨٠ – ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات (القديم) هو المركز المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولو غاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى ، كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه ، يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، وإذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات (القديم) قد تحدثت عن خادم المعلن إليه أو أقاربه الساكنين معه ، فان هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حين يكون الإعلان قد وجه إلى مسكن المراد إعلانه . وهو لا يعنى بحال أن الشارع لم يرد بالمحل إلا المسكن ، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لكان سهلاً =

وإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة (١) على الوجه المتقدم الذكر ، ولم يمض فى الإجراءات التالية لذلك ، كأن لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع دعوى الشفعة فى الميعاد القانونى على ما سنذكره ، فإن حقه فى الشفعة يسقط . وإعلانه الرغبة فى الأخذ بالشفعة إرادة منفردة صادرة من جانبه ، فهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد . وفى رأينا أن هذه الإرادة التى صدرت من جانب الشفيع هى العنصر الذى يستكمل به عناصر الأخذ بالشفعة ، وبمجرد إعلانها إلى كل من البائع والمشترى تتكامل هذه العناصر ، فيحل الشفيع محل المشترى إزاء البائع بحكم القانون (٢) . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يرجع فى هذه الإرادة ويعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بها ، إلا برضاء المشترى (٣) . ولا بد من هذا الرضاء أيضا — ومن باب

= أن ينص على وجوب الإعلان فى المسكن ، بدلا من أن ينص على وجوبه فى المحل ، مع الفارق الواضح فى مدلول اللفظين . وعلى ذلك يكون إنذار إظهار الرغبة الذى أعلن فى مكتب المقاولات صحيحاً (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) – وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٩ هامش ٣ .

ولكن جد بعد حكم محكمة النقض أن صدر التقنين المدنى الجديد يعرف الموطن بأنه «المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة» (م ٤٠ / ١ مدنى) ، فأصبح الإعلان فى غير هذا المكان لايجوز ، إلا فيما يتعلق بتجارة الشخص أو حرفته فيكون الموطن عندئذ الذى يجوز إعلان الشخص فيه هو المكان الذى يباشر فيه الشخص التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدنى) .

(١) واشتمال إعلان الرغبة على رأى الشفيع فى بطلان عقد البيع لصدوره وقت التفكير فى الحجر على البائع أولأنه تناول أكثر مما يملك ، لا يزيل الآثار القانونية المترتبة على هذا الإعلان ، متى كان قد تضمن إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة بصورة تكفى للتعبير عن نيته (نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٠ رقم ٨١) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٤٥١ . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا بد من تسجيل الحكم الصادر بثبوت الحق فى الشفعة ، أو تسجيل الورقة المثبتة للتراضى على الأخذ بالشفعة ، وسيأتى تفصيل ذلك . ويلاحظ أن حلول الشفيع محل المشترى باعلان الرغبة فى الشفعة لا بد أن يكون خالياً من النزاع ، ولايخلو من النزاع إلا بأحد أمرين : تسليم المشترى بالشفعة أوصدور حكم نهائى بها . ولكن كلا من تسليم المشترى والحكم بالشفعة لاينشىء حق الشفيع فى الحلول محل المشترى ، ولكن يكشف عنه ويجعله خالياً من النزاع على الرأى الذى نذهب إليه فيما سيجىء . والحكم بالشفعة يقتضى رفع دعوى بالشفعة وقيد الدعوى فى المواعيد القانونية ، ولاتكون الدعوى مقبولة إلا إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة قبل رفعها .

(٣) وقد يقال إن الشفيع يستطيع العدول عن الأخذ بالشفعة بعد إعلان رغبته فيها عن طريق عدم إيداع الثمن أوعدم رفع الدعوى فى الميعاد القانونى . وهذا صحيح ، ولكن يبقى =

أولى – إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة ، وأراد بعد ذلك العدول عن طلبها .
أما الرأى الذى يقول بأن الشفيع لا يتم له الأخذ بالشفعة إلا بصدور حكم بثبوت حقه فى ذلك أو بالتراضى عليها مع المشترى ، وسيجىء بيان ذلك ، فانه يذهب بحكم منطقه إلى أنه يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بها ، وذلك ما لم يقبل المشترى طلب الشفيع ويسلم له بالشفعة ويخطره بهذا القبول ، فعند ذلك لا يجوز للشفيع أن يرجع فى طلبه لحصول تعاقد صريح بين الطرفين لا يجوز الرجوع فيه إلا بتراض جديد [١] .

ويصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة رأسا على كل من البائع والمشترى . ولكن يشترط فى ذلك أن تعلن عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشترى فى خلال خمسة عشر يوما من يوم الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلانا بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلا فى الميعاد القانونى ، كما يشترط إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى حتى يكون رفع الدعوى صحيحا إذ تشترط الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى كما سنرى « أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة » [٢] . وعند ذلك تحل إعلان عريضة الدعوى محل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمضى فى الإجراءات [٣] .

= أنه ملزم بارادته التى أعلنها بحيث لوسلم المشترى بالشفعة إثر إعلانه برغبة الشفيع فيها ، خلا حق الشفيع من النزاع وثبتت شفعته ، حتى لوعدل عن الإرادة التى أعلنها .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٧ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠ – ويذهب إلى أن قيد الدعوى بالجدول يجوز أن يتم فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى ، لأن المشرع اشترط رفع الدعوى وقيدها فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة (م ٩٤٣ مدنى) ، وبما أن إعلان صحيفة الدعوى قد تضمن فى نفس الوقت إعلان الرغبة فيكون من حق الشفيع أن يتراخى فى قيد دعواه حتى يستنفد هذا الميعاد (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠) . ونرى صحة ما يذهب إليه فى ذلك ، على أنه يلاحظ أن تقنين المرافعات قد عدل فى هذه المسألة ، فأصبح قيد الدعوى يسبق إعلان صحيفتها كما سنرى . ومن ثم لا يتأتى الآن للشفيع أن يعلن صحيفة الدعوى قبل أن يقيد الدعوى .

(٣) استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٣ ص ٤٤٦ – طنطا الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ – ١٢ مايو سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤ ص ٨ – مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٧ =

ولكن إذا سلم المشترى عند بدء إجراءات الدعوى بشفعة الشفيع ، فان الشفيع هو الذى يتحمل مصروفات الدعوى إذ يتبين أنه كان فى غنى عن رفعها [١] .

٢٠٦ - مبدأ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة - نص قانونى : ويجوز إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذار الشفيع بوقوع البيع ، فيستطيع الشفيع دون أن ينتظر هذا الإعلان ، وبمجرد علمه بوقوع البيع ، أن يبادر إلى إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من المشترى والبائع [٢] . بل يجوز للشفيع أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة رفع دعوى الشفعة رأسا ، بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة ، ويقدم إعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سبق القول [٣] .

ولكن إذا لم يوجد مبدأ للوقت الذى يجوز فيه للشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة غير وقت وقوع البيع ، فانه توجد نهاية لهذا الوقت لا يستطيع الشفيع إذا جاوزها أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إعلانا صحيحا ، ومن ثم تسقط شفعته . فهو لا يستطيع أولا أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، إذا أنذره البائع أو المشترى بوقوع البيع ، إلا فى خلال خمسة عشر يوما من هذا الإنذار. وهو لا يستطيع ثانيا أن يعلن هذه الرغبة ، إذا لم ينذره البائع أو المشترى بوقوع البيع ، إلا فى خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع . وهو لا يستطيع أخيرا إعلان هذه الرغبة ، إذا لم ينذر بالبيع ولم يسجل هذا العقد ، بعد خمس عشرة سنة من تمام عقد البيع لأن حقه فى طلب الشفعة يكون قد سقط بالتقادم . ونتناول هذه الفروض الثلاثة على التعاقب :

ص ٤٠٢ - أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - ١٣ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٩ - ١٠ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ ص ٤٠٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٩ ص ٢٧٩ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٣ - وانظر آنفاً ص ٦٢٧ .

(١) طنطا الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص ٤٠٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ .

(٢) أنظر آنفا ص ٦٢٧ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٣٢ .

أولا – إذا أنذر الشفيع بوقوع البيع : رأينا [١] أن المادة ٩٤٠ مدنى تنص على أنه « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . فيجب إذن على الشفيع ، إذا أنذره أى من البائع أو المشترى بوقوع البيع وأراد الأخذ بالشفعة ، أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشترى فى الأخذ بها فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ وصول الإنذار الرسمى إليه بوقوع البيع . وكانت المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق تقضى بأن يسقط حق الشفعة « إذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة »[٢] . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٠ من التقنين المدنى الجديد موافقا فى حكمه لحكم المادة ١٩ /٢ من قانون الشفعة السابق ، إذ كان يقضى بأن ميعاد الخمسة العشر يوما يسرى من وقت إنذار الشفيع بوقوع البيع أو من وقت علمه بذلك . وقد حذفت لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عبارة « من تاريخ علمه بالبيع » ، فجعلت ميعاد الخمسة العشر يوما يسرى من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبيع ، « إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيرا من الإشكالات والقضايا ، فحسما لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمى وحده » . وأبدت لجنة مجلس الشيوخ وجهة النظر هذه ، إذ رأت حسما للخلاف ومنعا للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمى ، « لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل » [٣] .

وعلى ذلك لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع ، كما كان يعتد به فى قانون الشفعة السابق [٤] – ومهما أقام المشترى من دليل على علم الشفيع بالبيع وأثبت

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٢٢ هامش ١ .

(٣) أنظر انفا ص ٦٢١ هامش ١ .

(٤) فاذا وقع بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة وحصل العلم به قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أي قبل سريان التقنين المدنى الجديد وفى أثناء سريان قانون الشفعة السابق ، سرى هذا القانون

على وجه التحقيق أنه علم به فى وقت معين . فان ميعاد الخمسة العشر يوما

= الأخير ، ووجب على الشفيع طلب الشفعة فى خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذاره بالبيع أو من يوم علمه به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع سبب الشفعة قد انعقد فى ظل قانون الشفعة القديم ، فى حين أن طلب الشفعة قد بدأت إجراءاته فى ظل القانون المدنى الجديد ، فانه لايعيب الحكم المطعون فيه أن يكون أحال الدعوى إلى التحقيق لإثبات تاريخ العلم بالبيع ، ذلك أن العلم بالبيع كواقعة إنما يخضع فى إثباته للقانون الذى كان سارياً وقت حصوله (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وقضت أيضاً فى نفس المعنى بأنه متى كان الثابت أن عقد البيع أساس الشفعة قد انعقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد ، وحصل العلم به قبل هذا التاريخ كان قانون الشفعة القديم هو الذى يجب تطبيقه على إثبات علم الشفيع بالبيع . فيجوز للمحكمة فى هذه الحالة بأن تقضى ، ولو بعد ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، باحالة الدعوى على التحقيق ليثبت المشترى بكافة الطرق أن الشفيع علم بالبيع قبل ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وأنه لم يبد رغبته فى الأخذ بالشفعة فى مدى خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم . ولايجوز لها أن تطبق فى هذا الخصوص ما نصت عليه المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد من أن الخمسة عشر يوماً لاتبدأ من تاريخ العلم بل من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجه إلى الشفيع من البائع أو المشترى ، لأن فى هذا التطبيق إخلالا بالقاعدة العامة وهى عدم سريان القانون على الوقائع السابقة على العمل به (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٢ ص ٥٧٨) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - أما بالنسبة إلى سائر إجراءات الشفعة ، فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة بالوقت الذى يقع فيه إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . فإن كان هذا الوقت سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فقانون الشفعة السابق هو الذى يسرى على سائر الإجراءات التى تلى إعلان الرغبة ، وإن كان وقت إعلان الرغبة غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين المدنى الجديد هو الذى يسرى. أنظر نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٧٦ - ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - وانظر ما يلى ص ٦٧٨ هامش ٣ .

وإذا طبق قانون الشفعة السابق فيما يتعلق بالعلم بالبيع فإن المقصود بالعلم هو العلم بأركان عقد البيع ، أى العلم التفصيلى بالبيع وبالثمن وبالشروط الأساسية مما يمكن الشفيع من تقدير ما إذا كان يأخذ بالشفعة أولايأخذ بها (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن علم الشفيع بأركان البيع وحدها يوجب عليه المبادرة إلى طلب الشفعة فى الميعاد الذى عينه القانون ، ولايقبل منه فى هذه الحالة إذا هو أخر الطلب عن ميعاده الاعتذار بأنه ماكان يعلم هل اقترن البيع بشروط أم لم يقترن ، لأن الأصل فى التصرفات أن تكون خالية من الشروط (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . ويسرى الميعاد من تاريخ العلم بالبيع ، لامن تاريخ العلم بالتسجيل ، =

لا يسرى من هذا الوقت . ويستطيع الشفيع أن ينتظر ولا يطلب الشفعة حتى

= لأن الحق فى الشفعة ينشأ عند تمام البيع لا عند تسجيله (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٦ ص ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢) ، ولا من تاريخ العلم بقرار المجلس الحسبى القاضى بالموافقة على بيع أطيان القاصر إذا وقع البيع بعد صدور هذا القرار (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٣ ص ١١٠٧) . وتجب ملاحظة أن العلم المسقط لحق الشفعة هو العلم الواقعى لا العلم الافتراضى ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بسقوط حق الشفيع بناء على أن إعلانه أحد البائعين برغبته فى الأخذ بالشفعة وإدخاله فى الدعوى كان بعد الميعاد القانونى مع علم الشفيع بأن هذا الذى أعلن بعد الميعاد كان من ضمن البائعين ، محصلا قيام هذا العلم من كون الشركة التى يمثلها الشفيع كانت قد اشترت الأرض التى تشفع بها من هؤلاء البائعين أنفسهم ومنهم ذلك البائع ، ومن أن الشفيع عندما أعلن البائعين عدا البائع المذكور ذكر أنهم ورثة فلان وهذا البائع من هؤلاء الورثة ، وقائلا إن تغيير شخص مدير الشركة طالبة الشفعة فيما بين البيع لها والبيع للمشفوع منه لاينفى سابق علمها لأن الشركة لها شخصية واحدة مستمرة ، وأن خطأها أو تقصيرها فى الالتجاء إلى السجل لتتعرف منه على وجه الدقة أسماء جميع البائعين يحملها تبعة السهو الذى ادعت حصوله فى مسودة عقدها ونتج عنه سقوط اسم ذلك البائع الأخير ، فهذا الحكم يكون قد خالف القانون لانحرافه عن تحرى العلم الواقعى الذى يحتمه القانون إلى العلم الافتراضى الذى لايكفى فى هذا المقام (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١) . وانظر أيضاً أحكاماً أخرى لمحكمة النقض فى مسألة العلم فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول : نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ ص ٧٢٢ رقم ٩٦ (لايكفى إثبات علم الشفيع إذا كان تاريخ العلم غير معين بالضبط) - ٩ مارس سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩٢ (علم الشفيع بأسماء بعض المشترين دون بعض يجعل الميعاد يسرى فيما يتعلق بالمشترين الذين علم بهم الشفيع - وفى هذا المعنى أيضاً ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٢ رقم ٩٣) - ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩١ (استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً عدم علم الشفيع بالبيع من أن الإنذار الموجه إليه بوقوع البيع خال من إسناد تاريخ علمه إلى تاريخ سابق على تاريخ الإنذار) - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٣ رقم ٩٩ (علم زوج الشفيعة وأولادها وهم يباشرون أعمالها قرينة على علم الشفيعة نفسها) - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٢ رقم ٩٥ (تحصيل العلم من كتاب موصى عليه مرسل للشفيع متضمناً لأركان البيع وشروطه الأساسية) - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٣ رقم ٩٨ (إثبات اطلاع الشفيع على عقد البيع يكفى لإثبات العلم) - أما إذا كانت واقعة العلم بالبيع قد حصلت وقت سريان التقنين المدنى الجديد ، فأحكام هذا التقنين هى التى تسرى ، ولايعتد بالعلم وإنما يعتد بالإنذار الرسمى بوقوع البيع . وقد قضت محكمة النقض هذا المعنى بأنه إذا كانت واقعة العلم بالبيع مدعى بحصولها فى يوم ٥ من سبتمبر سنة ١٩٥١ ، فلازم ذلك مطلب بحكم التقنين المدنى الجديد النافذ اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وإذا كان حق الشفيع فى إعلان الرغبة فى ظل هذا التقنين وطبقاً لمفهوم من نص المادة ٩٤٠ مدنى منه لا يسقط إلا بمضى خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع =

يصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، ويبقى محتفظا بحقه فى طلب الشفعة المدة التى تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار الرسمى مهما طالت . فاذاماوصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فعند ذلك فقط يسرى ميعاد الخمسة العشر يوما، ويتعين عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى ذلك فى خلال هذه المدة إلى كل من البائع والمشترى . ويحسب ميعاد الخمسة العشر يوما وفقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات . فلا يحسب اليوم الذى يسلم فيه الشفيع الإنذار

= أو المشترى ، وكان المشترى لم يدع أنه قد وجه هو أو البائع هذا الإنذار إلى الشفيعة، فإن حقها فى إعلان رغبتها فى الشفعة لا يسقط بالإقرار المنسوب إليها فى إنذار الشفعة المقدم لشهر فى ٦ من سبتمبر سنة ١٩٥١ بأنها علمت فى اليوم السابق على ذلك بالبيع ، ويبدأ سريان ميعاد الرغبة فى الأخذ بالشفعة من وقت الإنذار لا من وقت العلم (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١١٧) .

ويقع عبء إثبات العلم بالبيع على المدعى عليه فى دعوى الشفعة ، وله أن يثبته بجميع طرق الإثبات لأنه واقعة مادية ، ولكن لا يكفى مجرد جوار الشفيع لافتراض العلم (استئناف وطنى ٢٥ مارس سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٢١٨ - ١٩ نوفبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٧ الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ - ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦م ١٨ ص ٣٢٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ - ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ - ٣٠ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٤٤) . وواقعة العلم مسألة موضوعية يستخلصها قاضى الدعوى من أدلة وقرائن يصح أن تؤدى إليها عقلا . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع فى دعوى الشفعة بسقوط الحق فى رفعها لعدم توجيهها إلى جميع البائعين ، فطلب المدعى التأجيل لإدخال من لم توجه إليه منهم ، فأجابته المحكمة إلى طلبه ، فطلب صورة عقد البيع لمعرفة أسماء جميع البائعين ودفع رسم الصورة وسلمت الصورة فى التاريخ الذى ذكرته المحكمة فى حكمها إلى وكيله فى دعوى الشفعة بالذات ، ولكنه تأخر فى إعلان باقى البائعين أكثر من شهرين من تاريخ تسلم وكيله الصورة ، فاستخلصت المحكمة من ذلك وغيره مما ذكرته فى حكمها أنه كان يعلم بأسماء البائعين الباقين من تاريخ تسلم وكيله أو بعد ذلك بزمن وجيز ، فإن استخلاصها ذلك سائغ وفى حدود سلطتها (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠).
وإذا كان لا يكفى علم وكيل الشفيع بالبيع إذا كان الشفيع شخصياً يجهله (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢١ - ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣) ، فإنه إذا رفضت المحكمة طلب الشفعة اعتماداً على أن الشفيع نفسه ، لا وكيله فقط ، قد علم بحصول البيع وسكت عن طلب الشفعة حتى انقضت المواعيد القانونية ، وذكرت فى حكمها القرائن والدلائل التى اطمأنت إليها فى تكوين عقيدتها بقيام هذا العلم الشخصى ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٨ ص ١١٢٧) .

الرسمى ، وإلا كان الميعاد ناقصا . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات فى هذا الصدد على أنه « إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين ، فلا يحسب منه يوم التكليف أو التنبيه أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد . . . »[١] ويحسب اليوم الأخير ، فيجب على الشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة بحيث يصل هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشترى فى ميعاد نهايته اليوم الخامس عشر من اليوم التالى لليوم الذى تسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمى . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات فى هذا المعنى على أن « . . . ينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه ، إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء . . . »[٢]. ونصت المادة ٦ مرافعات، فى خصوص أن تكون العبرة بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشترى لابتقديمه إلى قلم المحضرين ، على أنه « إذا نص القانون على ميعاد حتمى لرفع دعوى أو طعن أو أى إجراء آخر يحصل بالإعلان ، فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله ».[٣] وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٠ مدنى ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد قانون الشفعة السابق وبالنسبة إلى سريان الميعاد من وقت العلم بالبيع ، بأن المادة ١٩ من قانون الشفعة ، إذ نصت على أن إظهار الشفيع رغبته يكون فى خلال خمسة عشر يوماً «من وقت علمه بالبيع » ، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوماً تبتدىء من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تبتدىء من اليوم التالى لتاريخ العلم به (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ – وكانت محكمة استئناف مصر قد قضت على العكس من ذلك بأنه يجب حساب اليوم الذى حصل فيه العلم بالبيع داخلا فى مدة الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه فيها ، بغير التفات إلى ساعة العلم (استئناف مصر ٢١ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٨٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ – وإذا أعلن واحد منهما فى الميعاد وأعلن الآخر بعد فوات الميعاد ، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٧٣ . – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى انتهاء الميعاد هى بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشترى ، لابتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين ، لأن نص المادة ١٤ (من قانون الشفعة السابق) صريح فى وجوب الإعلان ، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين وإنما يكون بالطرق=

كما رأينا ، على أن « يزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك».
والمفروض هنا أن يكون بين موطن الشفيع وموطن البائع أو موطن المشترى
مسافة يحسب لها ميعاد . إذ المطلوب أن يعلن الشفيع كلا من البائع والمشترى
فى موطنه ، فاذا بعد هذا الموطن عن موطن الشفيع يحسب لهذا البعد ميعاد المسافة
الذى يقرره القانون[1] . وقد نصت المادة ٢١ مرافعات فى هذا الصدد على أنه
« إذا كان الميعاد معينا فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه ، زيد عليه يوم
لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكان الذى يجب الانتقال منه وبين
المكان الذى يجب الانتقال إليه . وما يزيد من الكسور على ثلاثين كيلو مترا
يزاد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز بأية حال أن يتجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام .
ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوما بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود[2] » .
فاذا بعد موطن المشترى عن موطن الشفيع بمقدار خمسين كيلو مترا أو ستين
كيلو مترا أو سبعين كيلو مترا ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، يوما واحدا
فيصبح الميعاد ستة عشر يوما . وإذا بعد موطن البائع عن موطن الشفيع بمقدار
تسعين كيلو مترا أو مائة كيلو متر إلى مائة وثلاثين ، زيد الميعاد ، بالنسبة
إليه ، يومين فيصبح سبعة عشر يوما . وإذا بعد موطن أى من البائع أو المشترى
عن موطن الشفيع بمقدار مائتى كيلو متر أو أكثر ، زيد ميعاد المسافة ،
بالنسبة إليه ، أربعة أيام فيصبح الميعاد تسعة عشر يوما . وإذا وقع اليوم الأخير

= المقررة فى قانون المرافعات . يؤكد هذا النظر ماجاء فى آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ (من قانون الشفعة السابق) من أنه «يزاد على هذه المدة (أى مدة الخمسة عشر يوماً) عند الاقتضاء ميعاد المسافة» ، مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو بالإعلان أى بتسليم الورقة للمعلن إليه أو فى محله على حسب الأصول المرسومة فى القانون . فإنه لو كان يكفى مجرد التسليم لقلم المحضرين لما كان هناك محل للنص على ميعاد المسافة ، ولكن الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم إذ التسليم بذاته ليس فيه أى إعلان للخصم . وإذن فالحكم الذى يبنى قضاءه على أن العبرة فى احتساب مدة إظهار الرغبة فى الشفعة هى بحصول الإعلان إلى البائع والمشترى ، لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين ، يكون قد أصاب فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٤ ص ٦١٦) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤ .

(١) نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ .

(٢) وانظر المادة ٢٢ مرافعات فى تحديد مواعيد المسافة لمن يكون موطنهم فى الخارج .

من ميعاد الخمسة العشر يوما فيما إذا لم تكن هناك مواعيد مسافة ، أو وقع اليوم الأخير من الميعاد مضموما إليه مواعيد المسافة متصلة به اتصالا مباشرا بحيث يكون هو وإياها ميعادا واحدا متواصل الأيام ، فى يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها [١] . وقد نصت المادة ٢٣ مرافعات فى هذا الصدد على أنه « إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية ، امتد إلى أول يوم عمل بعدها » . فاذا ما انتهى ميعاد الخمسة العشر يوما ، وكانت الأيام الأربعة التالية لانتهائه أيام عطلة ، وكان الواجب ضم يومين إلى الميعاد للمسافة ، فان هذين اليومين يتصلان بالميعاد الأصلى اتصالا مباشرا ، وينتهيان فى نهاية اليومين الأولين من أيام العطلة . ولما كان اليوم التالى لانتهائهما هو يوم عطلة أيضا وكذلك اليوم الذى يليه ، فانه يجب إتمام إعلان طلب الشفعة فى اليوم التالى مباشرة لانتهاء أيام العطلة الأربعة [٢] .

والميعاد ، ضمت إليه مواعيد مسافة أو لم تضم ، ليس مدة تقادم prescription بل مدة سقوط déchéance ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير أهل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن محكمة الموضوع أخطأت فى احتساب الميعاد ، إذ لم تمده لليوم الثانى للعطلة ولم تضف إليه ميعاد المسافة ، تعين قبول هذا الدفع (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ .

(٢) ولا يقال إن ميعاد الخمسة العشر يوماً قد انتهى ، وتلى انتهاءه أيام عطلة فيتوقف سريان الميعاد ، ثم يستأنف السريان عقب انتهاء أيام العطلة لمدة يومين آخرين هما ميعاد المسافة ، فيكون للشفيع عقب انتهاء أيام العطلة يومان لا يوم واحد . لا يقال ذلك ، فان سريان الميعاد لا يتوقف فى أيام العطلة بل يستمر ، فينقضى فى أثنائها اليومان المعطيان للمسافة ، ويصادف انقضاؤهما يوم عطلة ، فيمتد الميعاد إلى اليوم التالى لانتهاء أيام العطلة ، ولا يمتد إلى أكثر من ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات (قديم) إنما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعاداً واحداً متواصل الأيام . فإذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده ، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة ، فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقاً متصلا مباشرة بأيام أصل الميعاد . وإن مبدأ القانون فى شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها ، بل إنها تسرى فى أثنائها . وكل ما أجازه بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات (قديم) أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة ، فإنه يمتد لليوم التالى . فإن كانت الأيام التالية هى أيضاً أيام عطلة ، امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) .

للتصرف ، ولا يقبل الانقطاع (interruption) ولا الوقف (suspension) (١)

ثانيا – إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلا ، ولكن المشترى سجل عقد البيع : تنص المادة ٩٤٨ (ب) مدنى على ما يأتى : « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية : . . . (ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . . . » (٢) . ويخلص من هذا النص أن الشفيع ، إذا

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١١ ص ٤٠٤ – ص ٤٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٧ (ب) من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « . . . لا يجوز الأخذ بالشفعة فى الحالتين الآتيتين : . . . (ب) إذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . ويسرى هذا الميعاد حتى فى حق ناقصى الأهلية والغائبين » . وفى لجنة المراجعة حذف سريان مدة ثلاثة الأشهر فى حق ناقصى الأهلية والغائبين اكتفاء بالقواعد العامة ، وأضيفت حالة جديدة تنص سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا انقضت سنة كاملة من وقت وضع يد المشترى على العقار المبيع ، وأصبح النص رقمه ١٠٢٢ (ب) و (ح) فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠١٩ (ب) و (ح) . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « ثلاثة أشهر » فى البند (ب) عبارة « أربعة أشهر » توخياً للتيسير ، وحذف البند (ح) المتعلق بسقوط حق الشفعة بانقضاء سنة من وقت وضع يد المشترى على العقار ، خشية أن يكون الحكم الوارد فيه محل إشكالات فى المستقبل ، ولأن فائدته العملية تتضاءل كل التضاؤل إزاء نص البند (ب) ، ولأن هذا الحكم قد يؤدى إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفيع . وأصبح رقم النص ٩٤٨ (ب) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ – ص ٤٤٦) .

ويقابل النص المادة ٢٢ من قانون الشفعة السابق : يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً . (والمدة فى قانون الشفعة السابق ستة أشهر ، وقد انقصت فى التقنين المدنى الجديد إلى أربعة أشهر) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٢ (ب) : يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية : . . . (ب) إذا انقضت سنة من يوم قيد عقد البيع ، سواء كان الشفيع حاضراً أو غائباً . (والمدة فى التقنين الليبى سنة بدلا من أربعة أشهر فى التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ (و) : لا تسمع دعوى الشفعة . . . (و) إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى فى حق المحجورين والغائبين . (والمدة فى التقنين العراقى ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ولكن البيع فى التقنين العراقى يتم فى دائرة الطابو ، فى حين أن المدة فى التقنين المصرى هى أربعة أشهر) .

لم تحصل علمه بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى السابق ذكره ، فالقانون يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس أنه علم بالبيع إذا سجله المشترى ، إذ أن مهمة التسجيل هى شهر البيع . ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع ليس إلا علما افتراضيا ، فقد أطال القانون المدة التى يتعين فى خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة ، فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل[1] ، وقد كانت ستة أشهر فى قانون الشفعة السابق ، وأنقصت فى المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٨ (ب) إلى ثلاثة أشهر[2] ، ثم رفعت إلى أربعة أشهر فى لجنة مجلس الشيوخ ، واستقرت على ذلك فى التقنين المدنى الجديد[3] . وقد يقال إن إسقاط حق الشفيع إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق يجعل من اليسير على المشترى إضاعة حق الشفيع ، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل البيع ، وينتظر أربعة أشهر يحتمل كثيرا فى أثنائها أن يبقى الشفيع جاهلا بوقوع البيع ، فينقضى الميعاد دون أن يطلب الشفيع الشفعة ، فيسقط حقه فيها . ولكن يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن المشترى قد لا يعلم على وجه محقق من هم الشفعاء حتى ينذرهم بوقوع البيع ، ولا يدرى كذلك ما إذا كان حقهم فى الأخذ بالشفعة حقا ثابتا لا يتطرق إليه الشك . وبقاؤه كذلك فى حال من القلق وعدم الاطمئنان لا يجوز أن يدوم وقتا طويلا . فتوخيا لاستقرار التعامل ، ولأن الشفعة حق استثنائى من شأنه أن يخل بحق

= قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٨ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا لم يحصل التبليغ المبين فى المادة السابقة (تبليغ الشفيع بوقوع البيع) ، يسقط حق الشفعة بعد مضى سنة من تاريخ تسجيل العقد فى السجل العقارى ، وتسرى هذه المدة بحق فاقدى الأهلية والغائبين . وإن المدة المذكورة فى هذه المادة وفى المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور فى العقد . (والقانون اللبنانى يجعل المدة سنة بدلا من أربعة أشهر فى التقنين المصرى) .

(١) بدلا من خمسة عشر يوماً من وقت الإنذار الرسمى حيث يكون علم الشفيع بوقوع البيع علماً يقينياً لا علماً افتراضياً .

(٢) وكانت لجنة الأستاذ كامل صدقى هى التى انقصت المدة إلى ثلاثة أشهر ، إذ استطلع رئيس اللجنة رأى الأعضاء فيما إذا كانوا يقرون اقتراحه بتخفيض مدة ستة الأشهر إلى ثلاثة فقط ، وذلك لكى لا يظل مركز المشترى قلقاً أمداً طويلا . فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٣ فى الهامش) .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

المالك فى التصرف فى ملكه لمن يريد ، جعل المشرع سبيلا ميسرا للمشترى يطمئن معه إلى سقوط حق الشفعة وإلى أن الصفقة التى عقدها قد خلصت له على وجه حاسم . وسبيله إلى ذلك أن يسجل عقد البيع ، فاذا انقضت أربعة أشهر من يوم التسجيل دون أن يطلب أحد الشفعة ، اطمأن المشترى إلى صفقته ، وأيقن أن العقار الذى اشتراه أصبح بمنجاة من أن يأخذه أى شفيع بالشفعة . هذا إلى أن الشفيع يكون عادة جارا للبائع أو شريكا له ، فاذا باع هذا عقاره فالغالب أن يشعر الشفيع بذلك . فاذا أراد التثبت من وقوع البيع فما عليه إلا أن يكشف عن العقار فى سجلات الشهر العقارى فيجد البيع مسجلا فيها ، وله أربعة أشهر من يوم التسجيل يستطيع فى خلالها أن يطلب الشفعة .

وميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم . فلا ينقطع ولا يقف ويسرى فى حق الغائبين وغير كاملى الأهلية (١) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٨ (ب) مدنى يشتمل على نص صريح فى هذا المعنى ، فحذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (٢) . ويسرى الميعاد من اليوم التالى مباشرة لليوم الذى حصل فيه التسجيل (٣) حتى لا يكون ناقصا . وتحسب الشهور

---

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ – ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ – وإذا طالب الشفيع المشترى باستحقاقه للأرض المبيعة لسبب آخر غير الشفعة ورفع عليه دعوى الاستحقاق ، فإن مواعيد الشفعة تبقى معلقة فى أثناء دعوى الاستحقاق ، حتى إذا بت فى هذه الدعوى لصالح المشترى ، عادت مواعيد الشفعة إلى السريان (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٨ – ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١١) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٦ ص ٥٢٥ هامش ٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

(٢) انظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

(٣) ولايسرى الميعاد من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشترى على البائع فى شأن البيع المشفوع فيه . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد سقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة المنوه عنه فى المادة ٢٢ من قانون الشفعة (القديم) يبدأ من يوم الحكم بصحة عقد البيع ، لامن يوم تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٤) . وقضت بأنه إذ كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة صريحة فى النص على سقوط الحق فى الشفعة بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل فى مدة معينة يجب التزام حدوده ، فإن الحق فى الشفعة لايسقط بمضى ستة أشهر على تاريخ صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأطيان المشفوع فيها ، سواء أكانت هذه الدعوى دعوى صحة تعاقد أم صحة توقيع (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٣ .

الأربعة بالتقويم الميلادى إذ لا يوجد نص على خلاف ذلك (م ٣ مدنى وم ٣/٢٠ مرافعات)[١] . فاذا تم التسجيل مثلا فى اليوم الأخير من شهر أكتوبر سنة ١٩٦٧ (٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٧) ، وجب على الشفيع أن يطالب الشفعة فى ميعاد غايته اليوم الأخير من شهر فبراير سنة ١٩٦٨ (٢٩ فبراير سنة ١٩٦٨)، أى أن طلب الشفعة يتم إعلانه لكل من البائع والمشترى فى هذا الميعاد. وإذا كان اليوم الأخير لطلب الشفعة يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلى انتهاء العطلة ، وكل ذلك على التفصيل الذى قدمناه فى ميعاد الخمسة العشر يوما من يوم إنذار الشفيع بوقوع البيع . فاذا لم يطالب الشفيع الشفعة فى الميعاد على الوجه المتقدم الذكر ، كان للمشترى أن يتمسك بسقوط الحق فى الشفعة[٢] وليس عليه إلا أن يثبت أن البيع قد سجل وأنه قد مضى على تسجيله أربعة أشهر من غير أن يستعمل الشفيع حقه[٣] . فليس عليه أن يثبت أن الشفيع

---

(١) وقد جرت الأحكام ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، على حساب ميعاد الستة الأشهر بحسب التقويم الهجرى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا سجل عقد البيع فى ٢ من ربيع الأول ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة فى ٣ من رمضان تكون جائزة (استئناف مصر ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص ٨٧٠) . وانظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٣ – ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨٢ .

(٢) وللمحكمة أيضاً أن تقضى بسقوط الحق فى الشفعة من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشرط المترتب على انقضاء ستة أشهر (الآن أربعة أشهر) من تاريخ التسجيل مبنى على علم افتراضى اشتقه الشارع من التسجيل وفرضه على كافة الشفعاء . فللمحكمة أن تضيف هذا السبب الافتراضى حتى لو سكت صاحب الشأن عن إبدائه إذا كانت الأوراق ناطقة بوجوده . وليس على المحكمة فى هذه الحالة إلا أن تنبه الخصوم إلى ما استظهرته من الأوراق ليستبينوا موقفهم ويستوفوا دفاعهم (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٧ ص ٢٨١) . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

ويمكن القول بوجه عام إن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها (١٥ يوماً من يوم الإنذار الرسمى و ٤ شهور من وقت تسجيل البيع و ٣٠ يوماً لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة) هو من النظام العام ، فللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط انظر فى هذا المعنى أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٥٨٧ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٢

(٣) والشفيع هو الذى يثبت أنه استعمل حقه فى طلب الشفعة . فاذا استعمل حقه فى خلال أربعة أشهر ، ولكنه أخطأ فى بعض البيانات خطأ لم يكن من شأنه أن يوقع المشترى فى لبس =

قد علم بالبيع ، إذ القانون يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس كما قدمنا أن الشفيع قد علم بالبيع ما دام أنه قد سجل[(١)] .

هذا وقد كان المشروع النهائى للمادة ٩٤٨ (ب) مدنى يشتمل على حالة أخرى لسقوط حق الشفعة أضافتها لجنة المراجعة : وهى انقضاء سنة كاملة من وقت وضع يد المشترى على العقار دون أن يطلب الشفيع الشفعة ، علم بوقوع البيع أو لم يعلم . ولكن هذه الحالة قد حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ ، لأنها قد تؤدى إلى إشكالات فى العمل فى إثبات وضع اليد مماثلة للإشكالات التى كان إثبات العلم بالبيع يثيرها فى عهد قانون الشفعة السابق . ولأن سقوط حق الشفعة

= لبس ، فإن تصحيح هذا الخطأ فيما بعد لا يعد طلباً جديداً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة فى الأطيان المبيعة ، ثم تبين أنه أخطأ فى البيانات التى أوردها فى صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطيان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه ، فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشترى يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادىء الأمر بطلب الشفعة فى هذه الأطيان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لابس البيانات التى أوردها الشفيع فى صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ماتلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشترى لها ، فإن الحكم يكون معيباً إذا قضى بسقوط حق الشفيع فى الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات فى هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة فى صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل جاء بعد مضى أكثر من أربعة أشهر من تاريخ عقد تسجيل البيع (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٧٩) .

(١) نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ – وإذا اتفق البائع والمشترى على تجزئة الصفقة ، فيشترى هو جزءاً من الأرض ويشترى صهره الجزء الآخر بحيث تتوافر فى أى من الجزأين مسوغات الأخذ بالشفعة ، فإن الصفقة تعتبر صفقة واحدة ، ولا محل للتمسك بانقضاء ستة أشهر (الآن أربعة) على تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة ، إذ لا يجوز هذا التمسك مع ثبوت التحايل عن طريق تجزئة الصفقة (استئناف مصر ٧ يونيه سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٥ ص ١٥٢) . وقد أقرت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأنه وإن كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة « فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . . . » ، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون وبأن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشترى قد أراد بتجزئة الصفقة التى اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٤ ص ٥٢٤ هامش ٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٥ .

بانقضاء أربعة أشهر على تسجيل البيع يغنى عن هذه الحالة الجديدة ، ولأن هذا الحكم قد يؤدى إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفيع [١] .

ثالثا – سقوط دعوى الشفعة بالتقادم المسقط بانقضاء خمس عشرة سنة : ونفرض الآن فرضا يندر وقوعه ، هو أن المشترى لم ينذر الشفيع بوقوع البيع ، ولم يسجل فى الوقت ذاته عقد البيع . وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بانقضاء خمسة عشر يوما من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر ، ولا بانقضاء أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل . وقد قدمنا أن التقنين المدنى الجديد لا يسقط الشفعة بانقضاء مدة معينة من وقت علم الشفيع بالبيع كما كان يسقطها قانون الشفعة السابق ، فاذا علم الشفيع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمى فانه يبقى محتفظا بحقه فى طلب الشفعة . ويبقى محتفظا بهذا الحق ، ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمنا ، وقد يؤول طول سكوته عن استعمال الحق مع علمه بوقوع البيع مقترنا بظروف أخرى بأنه نزول ضمنى عن الحق . فاذا لم يستخلص هذا النزول الضمنى من الظروف والوقائع ، فلا مناص من القول بأن الشفيع يبقى محتفظا بالحق فى طلب الشفعة ، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشترى ، وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة . ويبقى هذا الوضع قائما إلى أن تنقضى خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه ، وعندئذ يسقط حق الشفيع فى رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط ، شأن دعوى الشفعة فى ذلك شأن سائر الدعاوى التى تسقط بخمس عشرة سنة . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فى شأن التقادم المسقط [٢] .

٢٠٧ – تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة : رأينا [٣] أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى تنص على أن « إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا ، وإلا كان باطلا . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير

---

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٠ – إسماعيل غانم ص ٨٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٤ – حسن كيرة ص ١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

إلا إذا سجل » . ويخلص من هذا النص أن تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة ، وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير . فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان ، ويمضى فى إجراءات الشفعة التالية فيودع الثمن خزانة المحكمة ويرفع دعوى الشفعة ويستصدر حكما بثبوت حقه فى الشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن إعلان طلب الشفعة لم يسجل . ولكنه فى هذه الحالة يعرض نفسه لخطر تصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه ، ويصبح هذا التصرف نافذا فى حق الشفيع ما دام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع . فيجدر إذن بالشفيع ، إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشترى ، أن يبادر إلى تسجيل هذا الإعلان فى مكتب الشهر العقارى الكائن بدائرته العقار المشفوع فيه ، وبذلك يأمن من تصرفات المشترى التى تصدر بعد هذا التسجيل ، إذ تصبح غير نافذة فى حقه . وقد نصت المادة ٩٤٧ مدنى فى هذا المعنى على أنه « لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار » . وسيجىء تفصيل ذلك عند الكلام فى آثار الأخذ بالشفعة .

وليس هناك ميعاد لتسجيل إعلان طلب الشفعة ، فيصح أن يتم التسجيل فى أى وقت ، حتى بعد رفع دعوى الشفعة . ولكن إذا تأخر الشفيع فى تسجيل الإعلان ، فانه يعرض نفسه كما قدمنا لخطر أن يصدر من المشترى تصرف فى العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الإعلان فيصبح هذا التصرف نافذا فى حق الشفيع .

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثرا له أهميته . فقد قدمنا [1] أن المشترى إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، فان هذا البيع الثانى يكون نافذا فى حق الشفيع ، وينسخ البيع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٢ .

الأول من ناحية الأخذ بالشفعة . ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى فى مواعيده وبشروطه (م ٩٣٨ مدنى) ، وتبطل الإجراءات التى يكون الشفيع قد باشرها للأخذ بالشفعة فى البيع الأول . ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى يحدد بهذا التسجيل البيع المشفوع فيه ، فيمضى فى الإجراءات بالنسبة إلى هذا البيع وهو آمن من تعاقب البيوع وما يستتبع هذا التعاقب من نسخ البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وما يترتب على ذلك من بطلان الإجراءات التى يكون قد اتخذها فى شأن هذا البيع . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله ، فان دعوى الشفعة تقام على المشترى الأول بالشروط التى اشترى بها [1] .

المطلب الثانى

إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

٢٠٨ – المرحلة الثانية من إجراءات الشفعة تشتمل على خطوتين : بعد أن فرغنا من المرحلة الأولى من إجراءات الشفعة وهى مرحلة إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ننتقل إلى المرحلة الثانية من هذه الإجراءات . وهذه المرحلة الثانية تشتمل على خطوتين : (١) إيداع الثمن خزانة المحكمة . (٢) رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها .

§ ١ – إيداع الثمن خزانة المحكمة

٢٠٩ – نص قانونى : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى على ما يأتى :

« وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان طلب الشفعة) ، يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى

(١) نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٢٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ – وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٨ – فقرة ٤١٩ – محمد على عرفه ، فقرة ٢٩١ .

بالشفعة . فان لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة »[1] .

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢/١٣٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وفى ظرف خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ ذلك الإعلان ، وفى أى حال قبل رفع الدعوى بالشفعة ، يجب أن يودع بخزينة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار مبلغ يساوى على الأقل ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بجعل المبلغ الواجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى لا ثلثه فقط ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن ميعاد الإيداع بقى خمسة عشر يوماً ، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ٢/١٠١٥ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، صرف النظر عن إيداع الثمن « اكتفاء بعرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، وهذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل فى الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن » . وعلى ذلك حذف هذا النص واستبدل به نص أضيف إلى المادة التالية يجرى على الوجه الآتى : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مخصوماً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية » . « وقد رأت اللجنة إدخال هذا التعديل لتوجب عرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى ، ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال — فالمشترى وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقى . وقد رأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للشفيع فى تدبير الثمن وفى الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخصم من الثمن الذى يدفعه الشفيع » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وعرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، وقد ورد فى محضرها ما يأتى : « ولما كان مجلس النواب قد حذف من هذه المادة فقرة كان رقمها ٢ وكانت تتضمن حكماً خاصاً بإيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ووقت الإيداع والجزاء على مخالفته ، ولما كان المجلس أيضاً قد ضمن الفقرة الأولى من المادة ١٠١٣ ذلك الحكم وعدله من إيداع إلى عرض حقيقى للثمن الذى بيع به العقار المشفوع فيه ، فإن اللجنة ، أثناء المناقشة فى المادة ١٠١٣ وفى العرض الحقيقى للثمن ومداه وهل العرض يكون للثمن المذكور فى العقد أو الثمن الذى يعتقد الشفيع أنه الحقيقى وما يترتب على عرض الشفيع للثمن الحقيقى وإيداع الفرق بينه وبين الثمن المذكور فى العقد ، رأت بعد أن عرضت عليها جملة اقتراحات ظهر بعد تحليلها أنه يرد عليها اعتراضات أن أسلم وسيلة هو إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع فى باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له . وقد ترتب على ذلك إعادة الفقرة ٢ التى حذفها مجلس النواب إلى المادة ١٠١٢ » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح من بعض مستشارى محكمة النقض يرمى إلى الاكتفاء بعرض الثمن دون الإيداع ، وإلى أنه إذا روئى ضرورة إيداع الثمن فيكون الحكم بسقوط الشفعة فى حالة عدم الإيداع جوازياً للقاضى . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها اتجهت إلى تقييد الشفعة لتوفيق بين رأى القائلين بإلغاء هذا النظام ورأى القائلين بإبقائه ، واشتراط إيداع الثمن مظهر من —

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ١٤/١[1] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الليبي م ٢/٩٤٦ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٠ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٩[2] .

ويخلص من هذا النص أنه يجب على الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه ، وذلك فى

= مظاهر التقييد . ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق فى الشفعة جوازيا للقاضى عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغى فى المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً التى يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً للتيسير » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٢/٩٤٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ – ص ٤٢٥ و ص ٤٢٨) .

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً . (وقانون الشفعة السابق كان يكتفى بعرض الثمن وملحقاته ، دون إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : لامقابل .

التقنين المدنى الليبى : م ٢/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١١٤٠ : على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة أن يودع صندوق المحكمة التى يوجد لعقار المشفوع فى دائرتها مبلغاً يساوى نصف الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . فإن لم يتم الإيداع ، سقطت شفعته . (والتقنين العراقى يوجب إيداع نصف الثمن ، لا كل الثمن كما يوجب ذلك التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٩ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا يمكن استعمال حق الشفعة إلا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشترى تعويضاً تاماً . وهذا التعويض يشمل : ١ — ثمن المبيع الذى يجب عرضه وإيداعه فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر ، إلا إذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع . ٢ — نفقات العقد ، التى تشمل رسوم التسجيل الرسمية وبدل السمسرة على ألا يزيد هذا البدل على البدل المعين بالتعريفة القانونية . ٣ — بدل التحسين الطارىء على العقار بفعل المشترى ، دون الالتفات إلى التحسين الاقتصادى الناتج عن تقلب الأسعار . (والقانون اللبنانى يوجب إيداع الثمن يوم تقديم طلب الشفعة ، مالم يكن الثمن مؤجلا فلا يجب الإيداع . ولكن الشفيع لا يستفيد من الأجل فيما بعد إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التى تراها لازمة : أنظر م ٢/٢٥٣ من نفس القانون) .

خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طلب الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة . وهذا الإيداع على الوجه المتقدم الذكر ضرورى ، فان لم يقم به الشفيع سقط حقه فى الأخذ بالشفعة .

ومسألة إيداع الثمن مرت بتطورات تشريعية متعاقبة ، حتى استقرت فى التقنين المدنى الجديد على الوجه السابق بيانه . وكذلك الأمر فيما يتعلق بوقت الإيداع . ثم إن الذى يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع كما تقدم القول ، حتى لو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشترى أو كان المشترى لم يدفع للبائع إلا جزءا منه فقط . أما ملحقات الثمن ، وأما المصروفات الضرورية والنافعة التى انفقها المشترى ، فلا يجب على الشفيع إيداعها . وجزاء مخالفة الشفيع لالتزامه بايداع الثمن على هذا الوجه هو ، كما قدمنا ، سقوط شفعته .

فعلينا إذن أن نبحث ، فى صدد إيداع الثمن ، المسائل الآتية : (١) تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن . (٢)وقت الإيداع ومكانه . (٣)ما الذى يجب إيداعه : كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . (٤) إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلا أو لم يدفع المشترى إلا جزءا منه فقط .(٥)ملحقات الثمن.(٦)المصروفات الضرورية والنافعة . (٧) جزاء مخالفة المشترى لالتزامه بايداع الثمن .

٢١٠ – تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن : لم يكن قانون الشفعة السابق واضحا وضوحا كافيا فى هذه المسألة . فقد كانت المادة ١/١٤ منه تنص على أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » . فعرض الثمن وملحقاته كان واجبا ، فى قانون الشفعة السابق ، وقت إعلان طلب الشفعة . واختلف الفقه والقضاء ، فى عهد هذا القانون ، فيما هو المقصود بالعرض . فذهب رأى إلى وجوب العرض الحقيقى المقترن بالإيداع والمبرىء للذمة[١] ، ولكن الرأى الذى

---

(١) استئناف وطنى ٢٨ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٣ ص ٢٤٢ – ٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ – ٢٨ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣،رقم ١٠٨ ص ٢٢١ – ٢١ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٢ ص٢٨– =

تغلب [١] ، وأخذت بهمحكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة[٢]، ومن بعدها محكمة النقض [٣] ،هو أن العرض الواجب هو العرض البسيط أى مجرد إظهار الشفيع استعداده لدفع الثمن والملحقات فى إعلان طلب الشفعة .

= ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥-١٨ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ - طنطا الكلية ٧ مايو سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ٩٨ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ - الاسكندرية ١٦ نوفبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٨٧ ص ٤٠٥ - على زكى العرابى فقرة ٩٥ ص ٥٦ - عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٤٤ ص ٧٥٩ - ص ٧٦٤ .

(١) استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٤ - ٥ يناير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ - ٤ يونيه سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٣٧١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ - استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٤ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٩ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ - أحمد فتحى زغلول ص ٩٣ - دى هلتس لفظ préemption فقرة ١٢٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢١ ص ٤١٦ هامش ١ .

(٢) استئناف وطنى دوائر مجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ . وانظر بعد ذلك استئناف مصر ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠-٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٠ ص ١٤٥ .

(٣) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص ٥٣٣ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨ - ٢٩ نوفبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٣ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ .

وكان يجوز للمحكمة أن تقضى للشفيع بالشفعة فى مقابل دفعه الثمن للمشترى فى خلال مدة معينة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم الصادر فى دعوى الشفعة قد قضى للشفيع بالشفعة فى مقابل دفعه الثمن للمشترى فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق به، فانه يكون قد دل بذلك على أنه جعل من هذا الدفع فى الميعاد المقرر فيه شرطاً لاستحقاق العين المشفوع فيها، بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأجل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفعته ، وذلك دون حاجة إلى حصول تنبيه عليه من المشترى بالدفع ، وسواء أكان الحكم القاضى بتحديد الأجل=

وفى أثناء إعداد مشروع التقنين المدنى الجديد ، ذهبت لجنة الأستاذ كامل صدقى ، وهى اللجنة التى قامت بإعداد مشروع نصوص الشفعة ، بعد مناقشات طويلة[١] ، إلى وجوب أن يودع الشفيع خزانة المحكمة مبلغا يساوى على الأقل

ابتدائياً لم يستأنف فى الميعاد أم صادراً من محكمة استئنافية . ولا يشترط النص صراحة فى منطوق الحكم على سقوط الحق فى الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن فى الميعاد ، ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٢٥٨ ص ٥٥٠) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥ .

(١) جاء فى محضر جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٣٨ لهذه اللجنة أن أحد الأعضاء قال «إنه يرى عدم ضرورة عرض الثمن على المشترى عرضاً حقيقياً ، موجهاً النظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقى من خطر فى الفروض التى يكون فيها العقار باهظ الثمن أو التى لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشترى أو التى يكون ... فيها مثقلا بحقوق عينية ، إذ يحسن عدم إغفال الحالات التى يحتمل فيها إعسار المشفوع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر هذا الإعسار» . وبسط أحد الأعضاء خلاصة ما انتهى إليه بحثه فى موضوع العرض الحقيقى والإيداع متسائلا «عما إذا كان هناك موجب لإلزام الشفيع بأن يقرن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة بعرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً يتبعه بالإيداع إذا ما أبى المشترى الإذعان لطلب الشفعة ، إذ الواقع أن الشفيع إنما يستعمل حقه بنية سلب المشترى ثمرة عقده والحلول محله عن طريق الشفعة التى يرى أنه محق فى استعمالها . فإذا اتخذ فى سبيل تحقيق بغيته خطة الهجوم ، كانت عليه تبعة موقفه ، ولزمه تحمل نتائجه بالقيام مباشرة بعرض ثمن الشيء الذى يرمى إلى تملكه عرضاً تستخلص منه دلالة الصدق والجدية وينفى مظنة المضاربة ونية الاتجار بحقه فى الشفعة . فإذا اعتبرنا الشفيع مشترياً يفرض نفسه على البائع والمشترى الأصليين ويبغى من وراء تدخله إتمام الصفقة لصالحه ، فمن المتعين أن يكون قادراً على الوفاء بالتزامه كمشتر فوراً . وإثبات هذه القدرة على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشترى الذى سيحرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً ، وهو أنطع دليل على حسن نيته ورغبته الجدية فى الشراء . بيد أنه كثيراً ما يرفض المشترى المهدد باستعمال الشفعة العرض الذى يتقدم به الشفيع ، فهل يلزم الشفيع فى هذه الحالة بإيداع المبلغ المعروض ؟ لقد فرق تقنين المرافعات الفرنسى فى المواد ٨١٢ – ٨١٤ بين العرض الحقيقى وبين الإيداع ، فجعل كلا منهما إجراء يختلف عن الآخر . أما تقنين المرافعات المصرى فقد جاء على عكس ذلك ، إذ خلط بينهما فى نص واحد ، وجعل منهما إجراء موحداً مؤدياً لبراءة الذمة . . والواقع أن الشفيع لم يصبح بعد مديناً ملزماً بالوفاء لإبراء ذمته من التزام بعرض حقيقى لمدين دائم بالفعل ، فطالما أنه لم يصبح مالكاً نهائياً للعقار المشفوع فيه فلا مبرر لإلزامه بدفع ثمن العقار وملحقاته فوراً . فليس الأمر فيما يتعلق به موضوع عرض مبرىء للذمة حتى يمكن إلزامه بها بإيداع الثمن ، بل إنه إعراب حاسم عن نية الأخذ بالشفعة . وما عرض الثمن وملحقاته إلا توكيد للرغبة الجدية فى ذلك ، ومن ثم فليس هناك التزام يتطلب =

ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . وقدم المشروع التمهيدى على هذا الأساس إلى لجنة المراجعة ، ولكن هذه اللجنة عدلت النص ، إذ أوجبت أن يكون المبلغ الواجب إيداعه فى خلال خمسة عشر يوما من وقت إعلان طلب الشفعة هو كل الثمن الحقيقى لا ثلثه فقط . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدل عن فكرة إيداع الثمن إلى فكرة عرض الثمن عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، إذ كان من رأى هذه اللجنة أن « هذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل فى الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن». ومن ثم عدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : «ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، مخصوما منه قيمة ما يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية » . والمشترى وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقى . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . ولما عرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، رأت أن الأسلم هو إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى خلال خمسة عشر يوما من يوم إعلان طلب الشفعة ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع فى باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح بالعودة إلى عرض الثمن والاستغناء به عن الإيداع ، وبأنه إذا رؤى ضرورة إيداع الثمن يكون الحكم بسقوط حق الشفعة فى حالة عدم الإيداع جوازيا للقاضى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها اتجهت إلى تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى

=من الشفيع وفاء ، وبالتالى فلا مبرر لإلزامه بالإيداع» . ثم قال أحد الأعضاء «إنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقى دون تفويت حق لأحد ، وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكمة ». إذ أن مثل هذا الإيداع كفيل بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإقصاء كل تدخل من هواة المضاربة ، كما أنه يقضى من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تترتب على إجراء العرض الحقيقى » . وبعد تبادل الرأى تقدم أحد الأعضاء بالنص التالى . «يجب إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة على يد محضر ، ويجوز أن يقترن هذا الإعلان أو يتبع فى خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ حصوله بإيداع الثمن وملحقاته خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار . فإذا لم يحصل هذا العرض أو إذا رفض ، وجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة المذكورة ، وقبل رفع دعوى الشفعة ، مبلغاً يساوى ثلث الثمن على الأقل ، وإلا كان العرض باطلا» . وبعد مناقشة وافقت اللجنة على هذا النص . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٣ — ص ٤١٩ فى الهامش .

القائلين بالغاء هذا النظام ورأى القائلين بابقائه ، واشتراط إيداع الثمن مظهر من مظاهر التقييد . ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق فى الشفعة جوازيا للقاضى عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغى فى المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوما التى يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوما توخيا للتيسير ، وقررت تعديل النص على هذا الأساس » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته ، وهو النص الذى استقر أخيرا فى التقنين المدنى الجديد (م ٢/٩٤٢ مدنى سالفة الذكر)[١] .

٢١١ ـ وقت إيداع الثمن ومكانه : تقضى المادة ٢/٩٤٢ مدنى ، كما رأينا[٢] ، بأن إيداع الثمن يجب أن يتم فى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان طلب الشفعة ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، ويجب أن يكون الإيداع فى خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه وهى المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة .

فيصح إذن أن يكون إيداع الشفيع للثمن عقب إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، أو عند إعلان هذه الرغبة فيضمن الإعلان بيانا بأنه أودع الثمن فى خزانة المحكمة ويجوز أن يتراخى الإيداع إلى ما بعد ذلك ، ريثما يدبر الشفيع المبلغ الواجب إيداعه . ولكن لا يجوز أن يتأخر الإيداع بحيث يجاوز ثلاثين يوما من وقت إعلان طلب الشفعة ، أى من وقت وصول الإعلان إلى كل من البائع والمشترى . ولا يحسب يوم وصول الإعلان ، فيسرى الميعاد فى اليوم التالى ، وينقضى بانقضاء ثلاثين يوما ابتداء من هذا اليوم ، فيجب أن يتم الإيداع فى اليوم الثلاثين على الأكثر . فاذا صادف يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلى انتهاء العطلة . وقد يصل إعلان طلب الشفعة إلى البائع وإلى المشترى فى يومين مختلفين ، فى حدود الخمسة عشر يوما من يوم الإنذار الرسمى بوقوع البيع ، فتكون العبرة بآخر هذين اليومين لا بأولهما ، لأن إعلان طلب الشفعة لا يتم إلا إذا وصل الإعلان إلى كل من البائع والمشترى . فاذا وصل الإعلان إلى المشترى فى يوم معين ، ثم وصل الإعلان

---

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

إلى البائع بعد يومين مثلا من اليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى المشترى ، فان ميعاد الثلاثين يوما يسرى من اليوم التالى لليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى البائع [١] .

ويجب على كل حال أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة [٢] ، وسنرى عند الكلام فى دعوى الشفعة أن هذه الدعوى يجب أن ترفع هى أيضا فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طلب الشفعة وإلا سقط الحق فيها . ويستطيع الشفيع بطبيعة الحال أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل انقضاء الثلاثين يوما بوقت كاف يمكنه من أن يرفع دعوى الشفعة فى الميعاد ، وبذلك لا يسقط حقه لا من ناحية التأخر فى الإيداع ولا من ناحية التأخر فى رفع دعوى الشفعة ، وهذا هو الأفضل ، أما إذا تأخر فى الإيداع إلى اليوم الثلاثين ، فانه يستطيع أن يجد مخرجا له من سقوط حقه . فهو إذا أودع الثمن فى اليوم الثلاثين ، لم يكن متأخرا فى الإيداع ولم يسقط حقه من هذه الناحية . ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يقدم صحيفة دعوى الشفعة إلى قلم المحضرين فى نفس اليوم ، ويعتبر تقديم صحيفة الدعوى قاطعا لمدة السقوط . ومن ثم لا يعتبر متأخرا فى رفع

---

(١) نقض مدنى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠ – ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ .

(٢) ولايشترط أن يحصل الإيداع فى اليوم السابق لرفع الدعوى ، بل يجوز أن يحصل فى نفس اليوم الذى رفعت الدعوى فيه ، مادام قد حصل قبل رفع الدعوى .. وقد قضت محكمة النقض ، قبل صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات ، بأن المشرع قد هدف من حصول الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ولم يحدد فاصلا زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى ، فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولايتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع . أما التحدى بالمادة ٢٠ مرافعات فردود بأن القانون قد شرط ميعادين ، أحدهما محدد بالأيام له بدايته ونهايته ، والثانى غير محدد بالأيام وإنما بفاصل زمنى غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الإيداع قد سبق رفع الدعوى التى أعلنت للمطعون عليهم قبل مضى الثلاثين يوماً من إعلان الرغبة بدليل الإشارة فى عريضتها إلى رقم قسيمة الإيداع ، فان شروط المادة ٩٤٢/٢ مدنى تكون قد توفرت (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠ .

دعوى الشفعة فى خلال الثلاثين يوما بعد أن قطع تقديم صحيفة الدعوى مدة السقوط ، ويعتبر فى الوقت ذاته قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة . وتنص المادة ٧٥ مرافعات ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فى هذا المعنى على ما يأتى : « وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من يوم تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا . أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى رفع دعوى الشفعة (١) .

ويخلص مما قدمناه أن توقيت إجراءات الشفعة يجرى فى الغالب على الوجه الآتى : : يبدأ المشترى ، عقب شرائه العقار المشفوع فيه ، بإنذار الشفيع إنذارا رسميا بوقوع البيع . وفى خلال خمسة عشر يوما من هذا الإنذار ، يعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى . وفى خلال ثلاثين يوما من إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، يودع الشفيع الثمن فى خزانة المحكمة ، ويرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشترى (٢) .

٢١٢ – ما الذى يجب إيداعه – كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع : والذى يجب على الشفيع إيداعه خزانة المحكمة فى الميعاد المتقدم الذكر هو ، كما تقول المادة ٩٤٢ مدنى ، « كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » . والأصل أن الثمن المذكور فى عقد البيع يفترض أنه هو الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، إلا إذا ثبت عكس ذلك .

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٢٢٠ .

(٢) ويسبق قيد الدعوى رفعها طبقاً للمادة ٧٥ مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، على الوجه الذى سنبينه فيما يلى (أنظر فقرة ٢٢٠) . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فقد كان قيد الدعوى يلى رفعها ، وكان الواجب هو إيداع الثمن قبل رفع الدعوى لا قبل قيدها . فالإيداع الذى يقع بعد رفع الدعوى يكون إيداعاً غير صحيح ، ولو وقع قبل قيد الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن كلا من رفع الدعوى وقيدها إجراء يختلف عن الآخر ، ومن ثم لا يكون هناك مع وضوح النص مجال للخلط بين هذين الإجرائين . ويكون القول بأن القانون ، إذ شرط فى المادة ٩٤٢ مدنى لقبول دعوى الشفعة وجوب إيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى إنما قصد إلى أن يتم الإيداع قبل قيدها قول غير صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٦ ص ٣٩١) .

ومن ثم يجب على الشفيع ، فى الأصل ، أن يودع خزانة المحكمة الثمن المذكور فى عقد البيع . ويستطيع العلم به إما من الإنذار الرسمى الذى وجهه إليه البائع أو المشترى بوقوع البيع ويشتمل فيما يشتمل عليه من بيانات ذكر الثمن الذى حصل به البيع [1] ، أو من البحث فى سجلات الشهر العقارى إذا لم يصله إنذار رسمى وكان البيع قد سجل فيكشف عن الثمن المذكور فى العقد من واقع التسجيل . فاذا ما أودع الثمن [2] المذكور فى عقد البيع ، كان إجراء الإيداع سليما لا مطعن عليه . وله بعد ذلك أن يثبت ، بجميع طرق الإثبات ، أن هذا الثمن المذكور فى عقد البيع هو أكبر من الثمن الحقيقى ، وقد ذكر فى العقد مبالغا فيه على هذا النحو لتعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو لإلزامه بدفع مبلغ يزيد على الثمن الحقيقى فيربح المشترى من وراء ذلك ، وهذا ما يحدث كثيرا فى العمل [3] . فاذا ما أثبت الشفيع مقدار الثمن الحقيقى ، استرد مما أودعه خزانة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ .

(٢) ويجب أن يكون الشفيع مالكاً للمال الذى يودعه ، فاذا كان لراهب عقار يملكه قبل دخوله سلك الرهبنة ، لم يستطع بعد دخوله هذا السلك أن يشفع بهذا العقار إذا كان المبلغ الذى يودعه خزانة المحكمة ليس من ماله الخاص بل من مال البيعة التى يتبعها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن المناط فى أحقية الراهب فى المطالبة بالشفعة يتحدد ، لا بما إذا كانت العين التى يشفع بها مملوكه ملكية خاصة فحسب ، بل بما إذا كان المبلغ الذى أودعه ثمنا للعقار المشفوع فيه من ماله الخاص أيضاً . فاذا كان الراهب قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التى يشفع بها مملوكه له ملكية خاصة ، ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذى أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص ، وكان ما قرره الراهب من أن العين المشفوع بها هى من ماله الخاص لا يدل بذاته على أن الثمن الذى أودعه يخرج عن مال البيعة ، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن ما يملكه الراهب من مال بعد انخراطه فى سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التى يتبعها ، وعلى أن الراهب رفع دعوى الشفعة لحسابه الخاص لا بوصفه ممثلا للكنيسة ، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحاً فى القانون (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للشفيع أن يثبت بجميع الطرق ، بما فيها القرائن ، أن الثمن الوارد فى عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها ، بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشترى بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة . ولكن إذا توافر لدى المحكمة الدليل على صحة الثمن المسمى فى العقد كان لها رفض طلب الإحالة على التحقيق . كما إذا قامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحة الثمن وهى شراء بعض الشفعاء أطياناً فى نفس الحوض فى تواريخ قريبة من تاريخ عقد سبب الشفعة بأثمان تزيد عن الثمن المسمى فى هذا العقد (نقض مدنى ٢٠

المحكمة مقدار الزيادة . كذلك يستطيع البائع أو المشترى . فى رأينا . أن يثبت بالطرق الجائزة فى الإثبات فيما بين البائع والمشترى أن الثمن المذكور فى العقد

= مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٩) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت المشفوع ضدهم فى خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ به قانوناً ، وهو عقد البيع الابتدائى الموقع عليه منهما ، ولم تعتمد بما أبدياه من تعليل لرفع الثمن فى العقد النهائى لما ساقته فى هذا الخصوص من أسباب سائغة ، فلا وجه للنعى على حكمها بأنها لم تحل الدعوى على التحقيق لتحرى حقيقة الثمن . ذلك بأن لها فى هذا الشأن سلطة تقدير إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يتراءى لها من عناصر الدعوى (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ — ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣) . وانظر استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ — ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٦ — ١٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ — استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٦٨ ص ٢٣٣ — محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٤ .

ولا تأمر المحكمة بتحقيق ادعاء الشفيع إلا إذا وجدت فى الدعوى قرائن تشعر بصحته ، حتى لا يكون المشترى معرضاً لنزع ملكية العقار الذى اشتراه بثمن أقل من الثمن المذكور فى العقد بمجرد شهادة بعض الشهود (استئناف وطنى ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ — استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ — ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ — ١٩ يونيه سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٤ — ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠٠) . وذلك كأن تتأكد المحكمة من مستندات أو من خبير أن العقار لا يساوى الثمن المذكور فى العقد ، ولا توجد أسباب خاصة تحمل المشترى على شرائه بأكثر من قيمته . وللمحكمة أن تحلف المشترى اليمين المتممة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد فى العقد (استئناف وطنى ٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥) . ولا يقبل القاضى إثباتاً لصورية الثمن إلا القرائن القوية التى لا تدع مجالا للشك فى صحة ما يدعيه الشفيع (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ — استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٢) . والشفيع هو الذى يحمل عبء إثبات صورية الثمن ، فلا يقبل منه دفع كل الثمن الوارد فى العقد مشترطاً أن يثبت المشترى جديته (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠) .

وإذا أحالت المحكمة القضية على التحقيق ، وجب البحث ، لا عن قيمة العقار ، بل عن الثمن المدفوع ، وسياق الدليل الذى استند إليه الحكم فى قضائه بهذا الثمن (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥١ — ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٢) .

هو أقل من الثمن الحقيقى [١] ، وقد ذكر فى العقد ناقصا لتحقيق غرض معين ولو كان غرضا غير مشروع كالهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة . فاذا ما ثبت الثمن الحقيقى ، وأن الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة هو أقل منه ، كان الإيداع مع ذلك إجراء صحيحا لأن الشفيع يكون معذورا إذا هو لم يعلم بالثمن الحقيقى واعتمد على ما هو مذكور فى العقد أنه هو الثمن ، ولكنه يلزم بدفع الفرق بين الثمن الحقيقى وبين ما أودعه فعلا خزانة المحكمة [٢] . على أن هذا الرأى ليس هو الرأى الذى تأخذ به محكمة النقض وفريق من الفقهاء ، فهؤلاء يذهبون إلى أن الشفيع يعتبر من الغير فى عقد البيع المشفوع فيه ، فاذا كان هذا العقد صوريا ولو فى جزء منه كالثمن ، فمن للشفيع إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ، وعلى ذلك لا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور فى العقد إذا كان هذا الثمن صوريا وكان أقل من الثمن الحقيقى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [٣] .

هذا كله إذا أودع الشفيع خزانة المحكمة الثمن المذكور فى العقد ، وهو ما يجدر به أن يفعله حتى يطمئن اطمئنانا تاما إلى أن إجراء الإيداع قد تم صحيحا لا مطعن عليه كما سبق القول . ولكن يقع فى بعض الأحيان أن يكون الثمن المذكور فى العقد مبالغا فيه مبالغة شديدة بقصد إرهاق الشفيع بالزامه بايداع ثمن أكبر من الثمن الحقيقى . فهل يستطيع الشفيع فى هذه الحالة أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقى ؟ إن ما تتطلبه المادة ٢/٩٤٢ مدنى هو كما رأينا إيداع « كل الثمن الحقيقى » ، فاذا عرف الشفيع هذا الثمن ، وكان أقل من الثمن المذكور فى عقد البيع ، فهو لا يلتزم إلا بايداع الثمن الحقيقى دون الثمن المذكور فى العقد ، ويكون الإيداع صحيحا فى هذه الحالة . ولكنه هو الذى يحمل عبء إثبات أن ما أودعه خزانة المحكمة هو الثمن الحقيقى ، ويستطيع أن يثبت ذلك

---

(١) وعلى العكس من ذلك نصت المادة ٢٥١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «إذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشترى وصاحب حق الشفعة ، فتعين المحكمة الثمن الحقيقى بصرف النظر عن قيمة المشفوع . ولا يسمع الادعاء من المشترى بأن هذا الثمن يزيد عن الثمن المذكور فى العقد المسجل » .

(٢) أنظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٦٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٧٠ والأحكام المشار إليها فى الهامش .

بجميع طرق الإثبات (١) . فاذا ما أثبت أن المبلغ الذى أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقى ، سواء كان معادلا له أو كان أكبر منه . فان الإيداع يكون صحيحا كما قدمنا ، حتى لو كان هذا المبلغ أقل من الثمن المذكور فى العقد ، وله أن يسترد الفرق فيما إذا أودع مبلغا أكبر من الثمن الحقيقى . أما إذا لم يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الحقيقى هو أقل من الثمن المذكور فى العقد ولكنه أكبر من المبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة ، فانه لايكون قد أودع «كل الثمن الحقيقى» . فيكون الإيداع غير صحيح ، حتى لو ذكر عند الإيداع أنه مستعد لإكمال المبلغ المودع إلى مقدار الثمن الحقيقى فيما لو ظهر أن المبلغ المودع أقل ، ومن ثم تسقط شفعته (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا وجه اليمين الحاسمة إلى كل من المشترى والبائع على صحة الثمن المذكور فى العقد ، وحلف المشترى ، وتخلف البائع عن الحضور لحلف اليمين ، فان تخلفه لايضار به المشترى ، وتكفى يمين المشترى إذ هو ذو المصلحة الكبرى فى إثبات أن الثمن المذكور فى العقد هو الثمن الصحيح (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى توجب على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، ورتبت على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور وعلى الوجه المتقدم سقوط الحق فى الشفعة ، كان مفاد هذا أن الإيداع الكامل وفى الميعاد المذكور أصبح شرطاً أساسياً لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهرياً من إجراءاتها ، ولاتعتبر الدعوى قائمة فى نظر القانون إلا بتحقق حصوله . فذا كان الثابت فى الدعوى أن الشفيعة قد بادرت برفع دعواها بناء على علم تنقاه دون انتظار لإنذار رسمى من جانب البائع أو المشترى ، وأودعت ماظنته الثمن الحقيقى ثم ظهر أنه على خلافه ، كانت بذلك مجازفة وعليها خطرها ، وتكون بهذا الإيداع الناقص قد عرضت حقها فى الأخذ بالشفعة للسقوط (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ – أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ – ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ – ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٦ ص ١٢٠٧ – ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٣ ص ٦١٥ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ – استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ – ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ –

وغنى عن البيان أنه إذا رفعت دعوى الشفعة فى الوقت الذى كان قانون الشفعة السابق معمولا به . فان الشفيع لم يكن فى حاجة وقتذاك إلى إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى ، بل كان يكفيه أن يعرض الثمن وملحقاته عرضا بسيطا فى إعلان طلب الشفعة (١) . فاذا فعل ذلك ، ثم صدر التقنين المدنى الجديد . فان المادة ٩٤٢ / ٢ من هذا التقنين لا تسرى فى حقه إذ ليس لها أثر رجعى . ومن ثم يعتبر العرض البسيط الذى صدر منه إجراء قد تم صحيحا طبقا لأحكام قانون معمول به . فلا يلتزم بعد صدور التقنين المدنى الجديد بايداع الثمن خزانة المحكمة . حتى لو كانت دعوى الشفعة لم يفصل فيها وقت صدور هذا التقنين . وقد نصت المادة ٢ / ١ مرافعات على أن « كل إجراء من

= ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ – قنا الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٢ ص ٩٩٩ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٣ ص ٩٩٩ – شبين الكوم ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٤٣ ص ٩٥٦ – استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٣ ص ٤٢٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥٤ – إسماعيل غانم ص ٨٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ ص ٤٨٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ – ص ٣٤٩ – حسن كيرة ص ٢٠ .

وقارن استئناف وطنى ١٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٨ ص ٩١ – ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه إذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وعين الثمن الذى أسس عليه هذه الرغبة قائلا إن هذا المبلغ هو الذى دلت تحرياته على أنه الثمن الحقيقى وهو قيمة ما تساويه العين المبيعة فى نظره ، فان العرض فى هذه الحالة يكون مقيداً بالثمن المذكور . فاذا تبين أن هذا الثمن دون الثمن الحقيقى الذى ثبت لدى محكمة الاستئناف فان هذا العرض يكون ناقصاً نقصاً لا يجزىء عنه أن يكون الشفيع قد وصف الثمن الذى عينه بأنه الثمن الحقيقى ، لأن طلب الشفعة على أساس ثمن معين لا يفيد بذاته استعداد الطالب للأخذ بثمن أعلى (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٠) . ولكن إذا كان المبلغ الذى عرضه الشفيع أقل من الثمن الذى انعقد به البيع ، فان العرض يكون مع ذلك صحيحاً إذا أظهر الشفيع استعداده لدفع ما يظهر أنه الثمن الحقيقى مع كافة المصروفات الرسمية (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٩ – ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٨ – ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧ – ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٩) .

إجراءات المرافعات ثم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ، ما لم ينص على غير ذلك » . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى للشفيع بالشفعة ، قد قرر أن عرض الثمن عرضا حقيقيا وإيداعه خزانة المحكمة ليس لازما لصحة الشفعة ، بل يكفى العرض البسيط للثمن الذى يراه الشفيع حقيقيا ، ولا محل للتمسك بالمادة ٩٤٢ من القانون المدنى الجديد إذ أن دعوى الشفعة قد رفعت قبل العمل بهذا القانون ولا أثر له على الماضى ، فان هذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه [1] . وقضت أيضا بأن الإيداع فى حكم القانون الجديد شرط لقبول الدعوى . ولما كانت الدعوى قد رفعت صحيحة وفقا لقانون الشفعة القديم ، فلا يسرى عليها نص المادة ٩٤٢ من القانون المدنى الجديد ، سواء اعتبر هذا الشرط متعلقا بالإجراءات أو متصلا بموضوع الحق [2] .

٢١٣ - إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلا أو لم يرفع المشترى إلا جزءا منه فقط : تقضى المادة ٢/٩٤٥ مدنى ، كما سنرى [3] ، بأن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع . فاذا اتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسطا ، فان الشفيع لا يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط الذى راعى فيه البائع اعتبارات خاصة بالمشترى ، بل يجب عليه إيداع الثمن كله قبل رفع دعوى الشفعة . فاذا أراد الشفيع أن يستفيد من التأجيل أو التقسيط ، وجب عليه الحصول على رضاء البائع بذلك ، بعد ثبوت حقه فى الشفعة .

---

(١) نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ — وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧ — وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠١ — وقارن استئناف المنصورة ١٢ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٥١ ص ١٠٦ .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٢٣٨ .

فواضح إذن أن الشفيع ، فى حالة ما إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا بالنسبة إلى المشترى ، يجب عليه إيداع كل الثمن فى الميعاد القانونى ، حتى لو كان المشترى لم يدفع للبائع شيئا من الثمن فى حالة التأجيل ، أو دفع جزءا منه فقط فى حالة التقسيط . فالشفيع ملزم فى الحالتين ، كما قدمنا ، بدفع كل الثمن فورا للبائع ، فيجب عليه إذن إيداع كل الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد الذى عينه القانون.

وحتى لو حصل الشفيع مقدما على رضاء البائع بالتأجيل أو بالتقسيط ، فأصبح غير ملزم بدفع كل الثمن فورا للبائع ، فانه يتعين عليه ، من ناحية الإيداع كاجراء ضرورى من إجراءات الشفعة ، أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد الذى عينه القانون . ذلك أن المادة ٢/٩٤٢ مدنى ، وهى تتكلم عن الإيداع ، يختلف نطاق تطبيقها عن نطاق تطبيق المادة ٢/٩٤٥ مدنى الخاصة بميعاد وفاء الشفيع بالثمن للبائع . فالنص الأخير مقصور على العلاقة ما بين الشفيع والبائع بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة ، فيجيز للبائع بالنسبة إلى الشفيع أن يؤجل الثمن أو يقسطه كما أجله أو قسطه بالنسبة إلى المشترى . أما النص الأول فخاص باجراء ضرورى من إجراءات الشفعة لا بد من القيام به وإلا سقط حق الشفيع ، وهو إيداع الثمن . وقد جاء النص عاما مطلقا ، وأوجب على الشفيع فى جميع الأحوال أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد القانونى . على أن المقصود بالزام الشفيع بايداع كل الثمن خزانة المحكمة ، ليس فحسب مراعاة مصلحة البائع حتى يقال إن هذا الالتزام يسقط برضائه ، بل أيضا لأن إيداع الثمن ، كما جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، مظهر من مظاهر تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى القائلين بالغائها ورأى القائلين بابقائها . فاذا أودع الشفيع كل الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد القانونى على الوجه الذى يتطلبه القانون، فقد قام بالإجراء الواجب حتى يثبت حقه فى الشفعة . وعند ذلك يستطيع الشفيع أن يلزم البائع بما اتفق عليه معه ، فيسحب الثمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، ثم يسدده له فى الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها [1].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه الشارع ، إذ أوجب فى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى أن يودع ، فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة ، خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى ـ

٢١٤ - **ملحقات الثمن** : رأينا فيما تقدم أن الشفيع يجب عليه أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة . فهل يجب عليه أيضا أن يودع مع الثمن ملحقاته ؟ وملحقات الثمن قد تكون رسمية كرسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية ، وقد تكون غير رسمية كالسمسرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه .

لم تذكر المادة ٢/٩٤٢ مدنى ، فى شأن الإيداع ، إلا إيداع « كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » . فلم تذكر ملحقات الثمن ، ولو أراد الشارع أن تودع ملحقات الثمن ، رسمية أو غير رسمية ، لما فاته ذكر ذلك . فقد ذكر ، فى شأن البيانات التى يجب أن يشتمل عليها الإنذار الرسمى بوقوع البيع الموجه من البائع أو المشترى للشفيع (٩٤٠ مدنى) ، أن من هذه البيانات « بيان الثمن والمصروفات الرسمية » ، فلم يغفل المصروفات ، بل لم يغفل تحديد نوعها . فلو أراد أن يودع مع الثمن ملحقاته ، لما أغفل ذكر الملحقات ، ولنص عليها

= حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة ، فقد دل بذلك على أن إيداع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد المذكور وعلى الوجه السابق بيانه هو شرط لقبول دعوى الشفعة . فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون لأنه فضلا عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص ، فان الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده ، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عند ما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى ، سواء أكان صاحب هذا الحق هو المشترى الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه . ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة ، وبين ما نص عليه فى المادة ٩٤٥ من أنه لا حق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع . ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاء ، ويصبح الثمن من حق البائع وحده ، فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشترى. ومن ثم لا يجوز ، استناداً إلى هذا النص ، تخويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص ٣٥٦) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى ٧ نوفبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣١٨ ص ٥٣٩ - ص ٥٤٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ - وقارن شبين الكوم الكلية أول يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٢ ص ١١٠٦ .

نصا صريحا كما فعل فى البيانات الواجب ذكرها فى الإنذار الرسمى. وقد اكتفى المشرع بايداع كل الثمن دون إيداع الملحقات ، إذ قد لا يتيسر حساب الملحقات على وجه التحقيق لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى يكتفى بايداع « ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » ، فرفع ثلث الثمن إلى كل الثمن فى المراحل التالية . وهذا يدل على أنه لم يكن المقصود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق فى ذمته لقاء الأخذ بالشفعة ، بل يودع مبلغا يكفى للدلالة على جدية طلبه وعلى أنه لا يقصد المساومة والمضاربة بطلبه الشفعة [1] . وإذا كان المشرع قد أوجب إيداع « كل الثمن » ، فليس المقصود من هذا التعبير أن يتضمن الثمن ملحقاته ، وإنما أريد أن يشمل الإيداع « كل » الثمن بعد أن كان لا يشمل فى المشروع التمهيدى إلا « ثلثه » كما سبق القول . فالشفيع إذن لا يلتزم بايداع ملحقات الثمن ، وتكون هذه محل مطالبة من المشترى للشفيع فى أثناء نظر دعوى الشفعة ، وعلى المشترى أن يقدم ما يثبت مفردات هذه الملحقات وأنه صرفها جميعا حتى يقضى له بها على الشفيع .

وهذا هو الرأى الذى استقر عليه الفقه فى مصر [2] ، كما أخذت به محكمة النقض بعد أن كانت قد قضت بعكسه [3] . فقد انتهت محكمة النقض فى قضائها الأخير إلى أن تقرر أن الشارع تعمد فى القانون الجديد إغفال ملحقات

---

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ – ٥٠٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩ – ص ٣٥٠ – وانظر عكس ذلك وأنه يجب إيداع الملحقات مع الثمن محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٦ .

(٣) إذ كانت قد قضت بأنه متى كان الحكم قد قرر ، لأسبابه السائغة التى تتفق مع شروط البيع ، أن الشفيع إذا لم يقم بايداع الملحقات مع ثمن العقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى علمه شىء عن هذه الملحقات ولا عن مقدارها ، فان هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحاً فى القانون ، ويكون للشفيع عذره فى عدم إيداع الملحقات مع الثمن (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . ويستخلص من هذا الحكم أن الشفيع ، إذا كان قد وصل إلى علمه مقدار الملحقات ، فانه يجب عليه إيداعها مع الثمن . وانظر أيضاً فى هذا المعنى سوهاج الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٣٤ ص ٢٩ . وقد عدلت محكمة النقض عن قضائها هذا إلى عكسه فقضت ، كما نرى فى المتن ، بأن الشفيع لا يلتزم بايداع الملحقات مع الثمن .

الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقي فحسب ، مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود . فلا ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون . ويؤيد هذا النظر أن المشرع فى التقنين الجديد لم يكن يغيب عنه أمر الملحقات . فاورد ذكرها فى المادة ٩٤٠ مدنى التى حددت البيانات التى يشتمل عليها الإنذار الرسمى الذى يوجه إلى الشفيع لإعلانه بالبيع . ومنها بيان الثمن والمصروفات الرسمية . ولما أراد الشارع أن يقرر القاعدة التى انتهجها فى التقنين الجديد فى خصوص الإيداع . نص فى المادة ٩٤٢ التالية على ما يجب إيداعه . فذكر الثمن وحده دون الملحقات . مما يقطع فى الدلالة على أنه لا يوجب إيداع ملحقات الثمن [1] .

٢١٥ - المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والغراس : وسنرى أن الشفيع يجب أن يرد للمشترى ما أنفقه على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة . وذلك طبقا للقواعد التى قررها القانون فى شأن هذه المصروفات . كذلك يجب عليه أن يعوض المشترى عما أحدثه هذا فى العقار المشفوع فيه من بناء وغراس ، وهذا طبقا لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون فى المادة ٩٤٦ مدنى ، وسيجىء بيانها تفصيلا فيما يلى .

وإذا كان الشفيع غير ملزم بإيداع ملحقات الثمن خزانة المحكمة مع الثمن . فهو من باب أولى غير ملزم بإيداع ما يستحق فى ذمته للمشترى بسبب المصروفات الضرورية والنافعة وبسبب البناء والغراس ، لنفس الاعتبارات التى قدمناها فى ملحقات الثمن ويكون ما يستحق فى ذمته بسبب كل ذلك موضوع مطالبة

= وكانت محكمة النقض تقضى ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن عرض ملحقات الثمن لا يكون واجباً على الشفيع إلا إذا كان عالماً وجودها ، فإن حقه فى الشفعة لا يسقط إلا بإثبات هذا العلم وإغفاله إبداء الرغبة فى الالتزام بها (نقض مدنى ٩ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٣ – ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧٢ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

(١) نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤١ ص ٢٧٨ .

خاصة يتقدم بها المشترى فى دعوى الشفعة ، ويقضى له بها على الشفيع إذا هو أثبتها طبقا للقواعد المقررة قانونا [١] .

٢١٦ ـ الجزاء المترتب على عدم إيداع الثمن فى الميعاد القانونى : رأينا [٢] أن المادة ٢/٩٤٢ مدنى ، بعد أن قررت وجوب إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه فى ميعاد معين حددته ، نصت فى آخرها على ما يأتى : « فان لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة » . فالنص صريح إذن فى أن جزاء إخلال الشفيع بالتزامه من إيداع كل الثمن الحقيقى خزانة المحكمة فى الميعاد القانونى هو سقوط حقه فى الشفعة .

ويستطيع المشترى أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، بل إن للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها . وقد قدمنا أن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها هو من النظام العام ، فللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط [٣] . وقد قضت محكمة النقض ، فى خصوص إيداع الثمن ، بأن للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إذا لم يقم بايداع الثمن فى الميعاد المحدد فى المادة ٩٤٢ مدنى [٤] .

وما دام يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع لعدم إيداع الثمن فى الميعاد المحدد ، فانه يترتب على ذلك أنه يجوز إبداء الدفع بسقوط الشفعة لهذا السبب لأول مرة ، لا فحسب أمام محكمة الاستئناف ، بل أيضا أمام محكمة النقض .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤٤ هامش ٢ .

(٤) نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص ٣٥٦ .

§ ٢ - رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

٢١٧ - نص قانونى : تنص المادة ٩٤٣ مدنى على ما يأتى :

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة » (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : — « ١ — ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار . وتقيد بالجدول فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ — ويحكم فيها دائماً على وجه الاستعجال» . وفى لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظى على النص يجعل معناه أوضح ... ح يجرى على الوجه الآتى : « ١ — ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار . وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ — ويحكم فى الدعوى على وجه الاستعجال» . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٦ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية ، أدخل تعديل على النص يقضى بصرف النظر عن إيداع الثمن خزانة المحكمة والاستعاضة عن الإيداع بعرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى . ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال ، فالمشترى وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيق . ورأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للشفيع فى تدبير المبلغ وفى الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخصم من الثمن الذى يدفعه الشفيع . وعلى ذلك عدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « ١ — ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول . ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، مخصوماً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية . ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فى الدعوى . ٢ — ويحكم فى الدعوى على وجه الاستعجال» . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ١٠١٣ (أنظر ماسبق بيانه آنفاص ٦٤٩ هامش ١). وفى لجنة مجلس الشيوخ ، تقرر الرجوع إلى فكرة إيداع الثمن بدلا من عرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة — وعلى ذلك وافقت اللجنة على النص كما ورد فى المشروع النهائى لا كما ورد من مجلس النواب ، مع إدماج الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى ، واستبدال عبارة «على وجه السرعة» بعبارة «على وجه الاستعجال» تمشياً مع تعبير تقنين المرافعات — فأصبح النص ، تحت رقم ٩٤٣ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٥ — ص ٤٢٩) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادتين ١٥و١٦ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٤٧ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٣٩ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٧ / ٢ وم ٢٤٨ (٢) .

والنص سالف الذكر يقتضى بحث المسائل الآتية : (١) الخصوم فى دعوى الشفعة . (٢) المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة . (٣) رفع دعوى الشفعة وقيدها فى ميعاد معين . (٤) الحكم فى دعوى الشفعة على وجه السرعة . (٥) الخصوم فى استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة وفى الطعن فيه بالنقض . (٦) الحكم النهائى بثبوت الحق فى الشفعة وتسجيله .

---

(١) قانون الشفعة السابق م ١٥ : ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عنه فى المادة الرابعة عشرة ، وإلا سقط الحق فيها .

م ١٦ : ويحكم فيها دائماً على وجه السرعة .

(والتقنين المدنى الجديد يتفق مع قانون الشفعة السابق ، فيما عدا أن التقنين المدنى الجديد أوجب قيد دعوى الشفعة أيضاً فى نفس الميعاد الذى أوجب فيه رفع الدعوى) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٩ : ١ – يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشترى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته ، وإلا سقط حقه . ٢ – وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة .

(ويوافق التقنين العراقى التقنين المصرى ، إلا أنه لم يذكر أن قيد الدعوى يجب أن يتم أيضاً فى نفس ميعاد رفع الدعوى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٧/٢ : وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التى تلى التبليغ ، بعد إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة السقوط . م ٢٤٨ : إذا لم يحصل التبليغ المبين فى المادة السابقة يسقط حق الشفعة بعد مضى سنة من تاريخ تسجيل العقد فى السجل العقارى . وتسرى هذه المدة بحق فاقدى الأهلية والغائبين – وإن المدة المذكورة فى هذه المادة وفى المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور فى العقد .

(والتقنين اللبنانى لا يشترط إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة قبل رفع دعوى الشفعة : انظر آنفاً ص ٦٢٨ هامش ١ . ويشترط أن ترفع دعوى الشفعة – دون أن يتكلم عن قيدها – فى خلال عشرة أيام من تبليغ المشترى للشفيع تسجيل عقد البيع المشفوع فيه . فإذا لم يحصل هذا التبليغ ، ففى خلال سنة من تاريخ تسجيل العقد فى السجل العقارى)

٢١٨ - الخصوم فى دعوى الشفعة : المدعى فى دعوى الشفعة هو الشفيع [١] . وقد قدمنا أن الأخذ بالشفعة ، هو عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ولذلك يشترط فى الشفيع أهلية التصرف . فإذا كان كامل الأهلية ، أى بالغا سن الرشد غير محجور عليه ، جاز له وحده أن يرفع دعوى الشفعة . وله أن يوكل فى رفعها غيره بشرط أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، فالوكالة العامة لا تكفى لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف [٢]. أما إذا كان الشفيع قاصرا أو محجورا عليه ، فوليه أو وصيه هو الذى يرفع دعوى الشفعة ، بإذن من المحكمة أو بغير إذن على التفصيل الذى قدمناه عند الكلام فى أهلية الشفيع [٣] .

والمدعى عليه فى دعوى الشفعة هو كل من المشترى والبائع ، فرفع الدعوى على المشترى وحده أو على البائع وحده لا يكفى . وقد كان التقنين المدنى السابق يجعل المدعى عليه فى دعوى الشفعة هو المشترى وحده ، فكانت دعوى

---

(١) وإذا تعدد الشفعاء ، قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعاً بصحيفة واحدة ، ولو نزل أحدهم للآخرين ، إذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم جميعاً فى إعلان واحد وفى ميعاد الخمسة العشر يوماً (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥) .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٥ – فإذا كانت الوكالة وكالة عامة ، وأخذ الوكيل بالشفعة نيابة عن موكله ، وأجاز الموكل هذا العمل ، صح الأخذ بالشفعة ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (استئناف وطنى ٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠١ ص ٣١٧) .

قارن مصر ١٣ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ١٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣١ ص ٤٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ – وإذا طلب الولى أو الوصى الشفعة لنفسه بالأصالة ، فظهر أن العقار الذى يشفع به مملوك للقاصر المشمول بولايته أو وصايته ، فلا يصلح طلبه الشفعة لنفسه طلباً للشفعة نيابة عن محجوره ، بل لا بد من طلب جديد باسم المحجور يقدم فى الميعاد القانونى (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١١٩ ص ٣٦٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢) . وإذا باع الولى أو الوصى عقاراً مملوكاً له أو اشترى لنفسه عقاراً ، وكان المحجور شفيعاً فى العقار المبيع أو العقار المشترى ، فالمحكمة تعين للمحجور وصياً خاصاً (ad hoc) ينوب عنه فى الأخذ بالشفعة (طنطا الكلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٦ ص ٣١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٣ ص ٤٣١) .

الشفعة ترفع على المشترى دون البائع (١) . أما قانون الشفعة السابق ، ومن بعده التقنين المدنى الجديد ، فيجعلان المدعى عليه فى دعوى الشفعة هو كل من المشترى والبائع ، ولا بد أن ترفع الدعوى على كليهما (٢) . والسبب فى ذلك أن ثبوت الحق فى الشفعة يترتب عليه أن يحل الشفيع محل المشترى فى مواجهة البائع ، فأثر الشفعة إذن يمتد إلى كل من المشترى والبائع ، فيكون هذان معاً طرفا سواء فى توجيه إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إليهما أو فى رفع دعوى الشفعة عليهما (٣) . وما دام الشفيع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع ، وما دامت حقوق البائع قبل المشترى تسقط ولا يستطيع البائع أن يطالب بها إلا الشفيع الذى حل محل المشترى ، وما دام الشفيع يصبح هو الدائن للبائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، فإنه يخلص من كل ذلك أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم يمس البائع بقدر ما يمس المشترى (٤) . وعلى ذلك لا بد من رفع الدعوى على كل من المشترى والبائع فى الميعاد القانونى ،

---

(١) استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ – ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٠٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لابد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشترى ، سواء فى أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو المشترى أو البائع . فإن رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها تلك ، ولم يخاصم أحد صاحبيه ، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إذ لا حكم إلا فى دعوى ، ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصامهم (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣) . وانظر نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ – ٤ نوفبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٤ ص ٦٥٦ – ٢ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص ٧٨٧ – ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٦٢٧ ص ١٤١٧ – ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٤ ص ١٠٣١ – ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٠ ص ١١٣٦ – استئناف مصر ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧١ ص ٣٨٥ – ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ – أسيوط الكلية ١٣ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٢٩ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٤ ص ٤٣٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٢ ص ٥١١ – ص ٥١٢ .

وإلا سقط حق الشفيع فى الشفعة [١] . فإذا رفعت الدعوى على أحدهما فى الميعاد القانونى ، وعلى الآخر بعد انقضاء الميعاد القانونى لم تصح الدعوى [٢] . ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعى العقار فى الميعاد القانونى وهو لا يعلم بوجود غيرهم ، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانونى [٣] . ويجب على الشفيع أن يختصم جميع البائعين وجميع المشترين الذين وردت أسماؤهم فى الإنذار الرسمى الموجه إليه بوقوع البيع ، حتى لو كان يتمسك بأن عقود بعض المشترين عقود صورية يراد بها التحايل على منع الشفعة . فالطعن بالصورية لا يمنع من اختصام المشترى المطعون فى عقده فى دعوى الشفعة ، وفى هذه الدعوى يطعن فى العقد

(١) استئناف مصر ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢ ص ٥٨ – وإذا صدر حكم بثبوت الشفعة ، ثم رفع المشترى دعوى بسقوط هذا الحكم ، فيكفى أن يختصم فيها الشفيع . وإذا طعن الشفيع بالنقض فى الحكم الصادر بسقوط حكم الشفعة ، اكتفى كذلك باختصام المشترى . وذلك أن اختصام كل من البائع والمشترى إنما يكون ضرورياً فى دعوى الشفعة ذاتها ، ولا يمتد ذلك إلى دعوى سقوط حكم الشفعة (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦) .

(٢) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٧ (ويشير إلى حكم استئناف مصر فى ٢ فبراير سنة ١٩٤٥) – أسيوط الكلية ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ – وإذا تعمد البائع تجهيل اسم المشترى ، فليس له أن يدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لأنها لم ترفع على المشترى ، إذ لا يجوز أن يستفيد من تضليله (استئناف وطنى ٢٤ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ – ٢٢ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠) .

(٣) استئناف وطنى ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ – وإذا بيع عقار على الشيوع لشخصين ، وكانت الشفعة لا يمكن استعمالها إلا فى العقار جميعه ، لم تكن الدعوى صحيحة إلا إذا رفعت فى الميعاد القانونى على كل من المشتريين ، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر سقط حق الشفيع بالنسبة إلى الكل (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٢٧) . أما إذا كان محل الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمة ، واشتراها عدة أشخاص حصصاً مفرزة ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة على بعض المشترين ، ولو أشارت إلى الأرض جميعها ، لا يكون لها تأثير بالنسبة إلى باقى المشترين (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٨) . وإذا توفى أحد الخصوم عن عدة ورثة ، وجب اختصام هؤلاء الورثة جميعاً – فإذا طعن فى الحكم الصادر لمصلحة الشفيع أحد ورثة البائع أو المشترى دون باقى الورثة ، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلا (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ – ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨١ ص ١١٦٣) .

بالصورية فيكون الحكم حجة على هذا المشترى إذ قد ادخل خصما فى الدعوى [١] .

٢١٩ ـ المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة : رأينا [٢] أن المادة ٩٤٣ مدنى تنص على أن «ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار . . . » . فالمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هى إذن المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه . وذلك لأن دعوى الشفعة هى دعوى عينية إذ يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة . وقد نصت المادة ٩٤٣ مدنى المشار إليها صراحة على اختصاص محكمة العقار ، فقد كان هناك رأى يذهب إلى أن دعوى الشفعة هى دعوى شخصية فتكون من اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها موطن المدعى عليه ، فأراد المشرع أن يحسم الخلاف فى هذه المسألة بأن ينص صراحة على اختصاص محكمة العقار ليدل على أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية [٣] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الشفيع قد أغفل توجيه الدعوى إلى أحد المشترين على الشيوع محتجاً بصورية عقده . وكان الحكم قد أغفل دفع المشترى الآخر بوجوب توجيه هذا الطعن إلى شريكه غير المختصم فى دعوى الشفعة . وأقام قضاءه على أن إدخال هذا المشترى فى عقد الشراء المسجل لم يقصد به إلا الاحتيال لمنع الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحكم يكون باطلا . إذ كان يتعين على المحكمة لكى يستقيم قضاؤها وقف الفصل فى دعوى الشفعة حتى يستصدر الشفيع حكماً نهائياً فى مواجهة جميع أطراف الخصومة . ومن بينهم المشترى الذى لم يختصم فيها ، بصورية عقد هذا الأخير (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) . وانظر أيضاً نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ . رقم ٢٠٢ ص ٥٥٥ - ١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٥ ص ٨٤٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٣) وقد جرت مناقشة فى هذا الصدد فى لجنة مجلس الشيوخ وقت نظر مشروع التقنين المدنى أمامها ، إذ اعترض أحد أعضاء اللجنة على ورود اختصاص محكمة العقار فى النص . فقد رأى فى ذلك «إقحاماً لبعض قواعد المرافعات» . فأجيب على هذا الاعتراض بأنه حيث ينشئ القانون حقاً . فهو وإجراءاته من مسمى القانون المنشئ لهذا الحق . وأضيف إلى ذلك «أنه يحسن دفعاً للشبهة فى هل دعوى الشفعة شخصية أو عقارية عدم رفع حكم المرافعات الوارد فى المادة» . فأعلن العضو المعترض عند ذلك أنه يتنزل عن اعتراضه لهذه الحجة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٩) .

هذا من حيث الاختصاص المحلى . أما من حيث الاختصاص النوعى ، فمحكمة العقار المختصة هى المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعا لمقدار الثمن الوارد ذكره فى عقد البيع . فإذا كان هذا المقدار يزيد على مائتين وخمسين جنيها ، فالمحكمة الكلية هى المختصة ، ويكون حكمها دائما قابلا للاستئناف ، ويكون الحكم الصادر فى الاستئناف قابلا للنقض . وإذا كان مقدار الثمن المذكور فى عقد البيع لا يجاوز مائتين وخمسين جنيها ، فالمحكمة الجزئية هى المختصة . ويكون حكمها انتهائيا إذا لم يجاوز مقدار الثمن خمسين جنيها . فإن جاوز هذا المبلغ كان الحكم قابلا للاستئناف ولكن الحكم الصادر فى الاستئناف لا يكون قابلا للنقض (١) . والعبرة فيما قدمناه هى . كما أسلفنا . بالثمن المذكور فى العقد . فإذا كان هذا الثمن ٣٠٠ جنيه مثلا . وكان الشفيع يعتقد أن الثمن الحقيقى هو ٢٥٠ جنيها فقط ، وجب عليه مع ذلك أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ، وهذه المحكمة هى التى تفصل فى مقدار الثمن الحقيقى (٢) . وقد يكون الأمر على العكس من ذلك . فيكون الثمن المذكور فى العقد أقل من الثمن الحقيقى للتخفف مثلا من رسوم التسجيل . فإذا ذكر فى العقد أن الثمن ٢٥٠ جنيها مثلا ، وجب على الشفيع أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية . فإذا أثبت المشترى أو البائع ، وفقا للرأى الذى نقول به ونأخذ بعكسه محكمة النقض وفريق من الفقهاء (٣) . أن الثمن الحقيقى هو ٣٥٠ جنيها مثلا . قضت المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها ، وأمرت باحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة الكلية المختصة . وجاز لها أن تحكم بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات تمنح كلها أو بعضها للشفيع مع عدم الإخلال بحقه فى طلب التضمينات ، وتلتزم المحكمة الكلية المحال إليها الدعوى بنظرها(٤).

وإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة . فإنه مع ذلك يقطع مدة الثلاثين يوما المقررة لسقوط حق الشفعة بانقضائها . فإذا قضت المحكمة التى رفعت إليها الدعوى بعدم اختصاصها بنظرها . فللشفيع بعد صدور

---

(١) أنظر فى ذلك م ٤٥ مرافعات .

(٢) عابدين ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ رقم ٦٤ ص ١٨٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٤) أنظر المادة ١٣٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

هذا الحكم مدة ثلاثين يوما جديدة لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة. وقد كان هذا هو ما جرى عليه القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق [١]. فأولى أن يكون هذا هو الحكم أيضا فى عهد التقنين المدنى الجديد وقد تضمن نصا صريحا كان التقنين المدنى السابق خاليا منه ، هو المادة ٣٨٣ مدنى وتنص على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة . . . » ، ويقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط . وتسرى مدة الثلاثين يوما الجديدة من وقت صدور حكم المحكمة بعدم الاختصاص (لا من وقت إعلان هذا الحكم) ، إلا إذا استأنف الشفيع الحكم بعدم الاختصاص فى خلال المدة المحددة للاستئناف ، فيتولد بهذا الاستئناف سبب جديد للانقطاع . ويظل الانقطاع قائما حتى بعد صدور الحكم فى الاستئناف . فإذا كان مؤيدا لعدم الاختصاص ، وجب على الشفيع عندئذ أن يرفع دعوى الشفعة من جديد أمام المحكمة المختصة فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الحكم النهائى [٢] .

---

(١) استئناف وطنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ رقم ٨٧ ص ١٣٣ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٣ رقم ٥٤ ص ١٤٢ – ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١ – استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ – استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٧ – ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٤ – محمد على عرفة فقرة ٣٠٧ ص ٥١٨ – وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت دعوى الشفعة فى خلال الثلاثين يوماً أمام محكمة كانت مختصة فى الأصل وقت رفعها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطروء ما أخرج الدعوى عن اختصاصها (دخول خصم جديد فى الدعوى قال إنه اشترى العقار من المشترى الأول بثمن يجاوز نصاب القاضى الجزئى) ، كان للشفيع تجديدها أمام المحكمة المختصة ، ولا يقبل من المشفوع منه الدفع بأن دعوى الشفعة رفعت بعد انقضاء الثلاثين يوماً (استئناف مصر ٢٢ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠) .

(٢) نقض مدنى ٥ نوفبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٧ ص ١٤١ – استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ – ص ٤٨٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ .

وهناك رأى يذهب إلى أن ميعاد الثلاثين يوماً الجديدة يسرى ، لا من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص ، بل من وقت انقضاء ميعاد استئناف هذا الحكم وصيرورته بذلك نهائياً . فيبقى الانقطاع مستمراً طول المدة التى يجوز فيها استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، ولا حاجة لرفع الاستئناف فعلا . ففى إحدى القضايا قضت المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص فى ٩ نوفبر سنة ١٩٢٢ ، فسرى ميعاد ١٥ يوماً لاستئناف هذا الحكم ، ولكن الشفيع لم يستأنف . =

٢٢٠ - رفع الدعوى وقيدها فى الميعاد القانونى : تقول المادة ٩٤٣ مدنى ، كما رأينا [١] : « ترفع دعوى الشفعة . . . وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة (إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة) ، وإلا سقط الحق فيها . . . » . ونرى من ذلك أن هناك ميعادا معينا لرفع دعوى الشفعة وقيدها ، وهو ثلاثون يوما من إعلان الشفيع لكل من البائع والمشترى رغبته فى الأخذ بالشفعة [٢]. ويحسن أن نستعرض تطور هذه المسألة ، التى تعتبر من أهم مسائل الشفعة ، منذ قانون الشفعة السابق .

فقد كانت المادة ١٥ من قانون الشفعة السابق تنص على أن « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عنه فى المادة الرابعة عشرة (إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة) ، وإلا سقط الحق فيها » [٣] . فكان هذا النص يقضى برفع دعوى الشفعة فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ

= فقضت محكمة استئناف مصر بأن الانقطاع الأول بقى مستمراً خمسة عشر يوماً بعد صدور الحكم بعدم الاختصاص إلى أن أصبح هذا الحكم نهائياً بعدم استئنافه حتى انقضت هذه المدة ، ويكون للشفيع من وقت انقضاء الخمسة عشر يوماً ، أى من يوم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، ثلاثون يوماً جديدة لرفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة . فإذا كان الشفيع قد رفع هذه الدعوى أمام المحكمة الكلية المختصة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ، فإنه يكون قد رفع الدعوى فى الميعاد القانونى (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٢) وقد يكتفى المشترى بتسجيل عقد البيع دون أن ينذر الشفيع بوقوع هذا البيع ، فيجب فى هذه الحالة أن يعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى خلال أربعة أشهر من وقت التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦) . وقد يستغنى فى هذه الحالة عن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة مباشرة (أنظر آنفاً ص ٦٢٢) ، فيجب عليه عندئذ إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وقيدها فى خلال الأربعة الأشهر التالية لوقت التسجيل .

(٣) أما فى التقنين المدنى السابق ، فلم يكن هناك ميعاد محدد لرفع دعوى الشفعة ، ولكن القضاء كان يتطلب رفع الدعوى فى أقرب وقت ممكن حتى لا يظل المشترى مهدداً بنزع ملكية العقار الذى اشتراه مدة طويلة (استئناف وطنى ١٣ يونيه سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٧ ص ٥١ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٨) .

بالشفعة ، ولم يكن هناك ميعاد لقيد الدعوى بعد رفعها[1] . فكان الشفيع يستطيع ، إذا أراد المضاربة واستغلال حقه فى طلب الشفعة ، أن يعلن صحيفة دعوى الشفعة لكل من البائع والمشترى فى ميعاد الثلاثين يوما بعد أن يؤدى ربع رسم الدعوى ، ثم يقف عند ذلك . فهو لم يكن ملزما ، تطبيقا لأحكام قانون الشفعة السابق ووفقا للرأى الذى كان سائدا وقت ذاك ، بعرض الثمن عرضا حقيقيا ولا بإيداعه خزانة المحكمة ، بل كان يكفيه العرض البسيط . ثم إنه لم يكن ملزما، تطبيقا لأحكام تقنين المرافعات السابق ، بقيد الدعوى وتأدية ثلاثة أرباع الرسم الباقية فى ميعاد معين . فكان يقتصر على إعلان صحيفة الدعوى فى الميعاد القانونى بعد رفع ربع الرسم فقط ، ثم يتربص مترقبا وقد شهر هذا السيف فى وجه المشترى . فلا هو يمضى فى إجراءات دعوى الشفعة ، ولا هو ينزل عنها ، ويبقى هذا السيف معلقا ، ويبقى هو منتظرا حتى يسعى إليه المشترى يساومه على النزول عن دعوى الشفعة . وكل ذلك لم يكلفه إلا دفع ربع الرسم .

فأراد التقنين المدنى الجديد علاج هذا الوضع . فأوجب على الشفيع أولا ، كما رأينا ، أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، ثم أوجب عليه ثانيا أن يرفع دعوى الشفعة ، وأوجب عليه ثالثا أن يقيد الدعوى[3].

---

(١) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ – ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨ – استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٥ ص ١١١ – ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٥٩ ص ٣٦٨ – وانظر عكس ذلك وأنه كان يجب قيد الدعوى فى ميعاد الثلاثين يوماً استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ – استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٢ ص ٤٤٤ – ولكن رفع الدعوى كان يعنى على كل حال إعلان صحيفتها للخصم ، ولم يكن يكفى فى عهد تقنين المرافعات السابق تقديم الصحيفة إلى قلم المحضرين لإعلانها (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٣ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٤) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٤ ص ٥١٣ – ص ٥١٤ .

(٣) فإيداع الثمن قد استحدثه التقنين المدنى الجديد ، للتدليل على جدية دعوى الشفعة والنأى بها عن مجال المضاربة والاستغلال . وكمظهر من مظاهر تقييد دعوى الشفعة ، كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ٢١٠) . وكذلك وجوب قيد الدعوى فى خلال الثلاثين يوماً استحدثه

وكل هذا يجب عليه أن يقوم به فى خلال الثلاثين يوما التالية لإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة [١] . ولما كانت هذه الأعمال الثلاثة – إيداع الثمن ثم رفع الدعوى ثم قيدها – قد رتبها القانون بحيث يلى بعضها بعضا . فإيداع الثمن يجب أن يتم قبل رفع الدعوى بحسب أحكام التقنين المدنى الجديد فى الشفعة ، ورفع الدعوى يجب أن يتم قبل قيدها بحسب أحكام تقنين المرافعات الجديد فى إجراءات

=التقنين المدنى الجديد ، حتى لايتباطأ الشفيع فى الإجراءات دون مبرر ، وحتى لا يستبقى الدعوى معلقة بقصد ابتزاز المشترى واستغلاله . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « . . . مع ملاحظة أن رفع دعوى الشفعة لايكفى وحده ، بل يجب أيضاً قيد الدعوى فى الجدول فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . حتى لايتباطأ الشفيع فى الإجراءات دون مبرر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٧) .

والعبرة فى سريان التقنين المدنى الجديد فيما استحدثه بوقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. فإذا تم هذا الإعلان قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن قانون الشفعة السابق هو الذى يسرى ، ومن ثم لايكون على الشفيع إلا رفع دعوى الشفعة فى ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يلتزم بإيداع الثمن ويكتفى بالعرض البسيط ، كما لايلتزم بقيد الدعوى فى خلال الثلاثين يوماً . أما إذا لم يسبق إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين المدنى الجديد هو الذى يسرى ، ويجب على الشفيع أن يودع الثمن ويرفع الدعوى ويقيدها فى ميعاد الثلاثين يوماً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لما كان القانون المدنى الجديد قد وضع نظاماً مستحدثا لإجراءات الشفعة نص عليه فى المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ ، وكانت اجراءات هذا التنظيم ومواعيده مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق ، إذ ينص القانون على إتباعها وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة ، وكانت تبدأ جميعاً من جانب الشفيع من تاريخ إعلان الرغبة ، فإن مقتضى هذا الوضع أن نصوص القانون الجديد إنما تسرى على طلب الشفعة الذى تبدأ إجراءاته بإعلان الرغبة فيها بعد العمل به لا الطلب السابق عليه الذى حصل على هدى قانون الشفعة القديم . . . وليس يسوغ مزج أحكام القانونين وإعمال بعض نصوص القانون الجديد مع بعض نصوص القانون القديم ، لأن ذلك فضلا عن أنه يؤدى إلى نتائج غير مستساغة بل ومخالفة لنصوص القانونين القديم والجديد ، فإنه لايتفق مع قواعد التطبيق الصحيحة . (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) . وانظر نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ .

(١) فإذا لم يتم إعلان الخصوم بالدعوى فى خلال هذه المدة سقط حق الشفيع حتى لوكان عدم إتمام الإعلان بسبب تواطؤ المشترى والبائع لإخفاء موطن هذا الأخير . مادام هذا التواطؤ ، على فرض حصوله ، لم يكن من شأنه أن يحول دون اتخاذ الشفيع الإجراء القانونى الذى يؤدى إلى إتمام الإعلان فى خلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٥٦ ص ٩٩٧) .

التقاضي ، فعلى الشفيع إذن أن يقوم بكل هذه الأعمال الثلاثة ، وعلى هذا الترتيب ، في ميعاد الثلاثين يوما . ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أن ينتفع بهذا الميعاد إلى آخر يوم فيه إلا في العمل الأخير من هذه الأعمال الثلاثة وهو قيد الدعوى . فهو إذا قيد الدعوى في نهاية الثلاثين يوما ودفع الرسم كاملا ، فلا بد له من أن يرفعها قبل ذلك أى قبل نهاية الثلاثين يوما . ثم إذا هو رفع الدعوى قبل نهاية الثلاثين يوما ببضعة أيام ، فلا بد له من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى ببضعة أيام أخرى ، فالتقنين المدني الجديد إذا كان قد اقفل الباب في وجه المساومات واستغلال حق الشفعة بوضعه هذه القيود الثقيلة في استعمال هذا الحق ، فإنه قد تضافر مع تقنين المرافعات في جعل ميعاد الثلاثين يوما ميعادا صوريا بالنسبة إلى كل من إيداع الثمن ورفع الدعوى . إذ لا بد للشفيع من أن يقوم بكل من هذين العملين دون أن ينتفع بهذا الميعاد كاملا . ولم يكن ميعاد الثلاثين يوما ميعادا حقيقيا ، إلا بالنسبة إلى قيد الدعوى . وكان الأولى إذن أن يضع القانون لكل عمل من هذه الأعمال الثلاثة ميعادا خاصا به ، لا أن يجمعها كلها في ميعاد واحد . فكان يستطيع مثلا أن يوجب على الشفيع إيداع كل الثمن في العشرين يوما التالية لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ثم رفع الدعوى في عشرة الأيام التالية لإيداع الثمن ، ثم قيد الدعوى في ميعاد قصير يحدده بعد رفع الدعوى وليكن خمسة أيام أخرى .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، الذى عدل كثيرا من نصوص تقنين المرافعات ، قد حور من هذا الوضع قليلا . فقد عدل المادة ٧٥ من تقنين المرافعات الجديد ، في كيفية رفع الدعوى ، على الوجه الآتى : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة ، وقت تقديم صحيفة دعواه ، صورا منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب — ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها — وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا ، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها » .

فأصبح قيد الدعوى ، بموجب هذا النص ، سابقا على رفعها . بعد أن كان تاليا لرفع الدعوى بموجب أحكام تقنين المرافعات قبل تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (١) . وأصبح ميعاد السقوط ، وهو الثلاثون يوما ، كافيا لقطعه تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا . وبالجمع بين أحكام التقنين المدنى فى الشفعة وهذه الأحكام الجديدة فى تقنين المرافعات ، أصبح الأمر يجرى على الوجه الآتى : يعد الشفيع صحيفة دعوى الشفعة والصور المطلوبة منها ، ويقدمها إلى قلم كتاب المحكمة . فيقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى فى اليوم نفسه فى السجل الخاص بذلك بعد أن يستوفى الرسم كاملا ، وبهذا يتم قيد الدعوى ، ويصبح العمل الأخير من الأعمال الثلاثة التى يجب على الشفيع القيام بها فى ميعاد الثلاثين يوما هو العمل الأول . ثم يودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة ، وبهذا يتم ا[illegible] وهو العمل الثانى . ثم يتسلم الشفيع من قلم كتاب المحكمة أصل صحيفة الدعوى وصورها ويقدمها إلى قلم المحضرين ، وبمجرد تقديمها إلى قلم المحضرين يكون قد قطع مدة الثلاثين يوما فينقطع سريان هذه المدة . وعلى ذلك يكفيه أن يقوم . فى خلال الثلاثين يوما ، بقيد الدعوى وإيداع الثمن وتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين ، فيطمئن بذلك إلى أنه قد قام بالقيد والإيداع ورفع الدعوى فى الميعاد القانونى . ويستطيع،

(١) أما نصوص تقنين المرافعات المتعلقة برفع الدعوى وقيدها ، قبل تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فكانت تجرى على الوجه الآتى :

م ٦٩ مرافعات : ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين ، مالم يقض القانون بغير ذلك .

م ٧٥ مرافعات : على المدعى ، بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلنة ، أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بجدول المحكمة فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر . وللمدعى عليه أن يطلب قيد الدعوى يوم الجلسة نفسه بتقديم الصورة المعلنة له ، إذا لم يقيدها المدعى . وتقيد الدعوى التى يكون فيها التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة فى الجلسة نفسها .

م ٧٦ مرافعات : يجوز لرئيس الجلسة أن يأذن بقيد الدعوى فى يوم الجلسة نفسه ، إذا وجد لذلك مقتضياً .

م ٧٧ مرافعات : إذا سبق دفع الرسم بأكمله قبل إعلان صحيفة الدعوى ، وجب على قلم المحضرين تسليم الأصل لقلم الكتاب بعد إعلانه ، وعلى قلم الكتاب إجراء القيد من تلقاء نفسه .

م ٧٨ مرافعات : إذا لم تقيد الدعوى فى اليوم المعين للجلسة ، جاز للمدعى أو للمدعى عليه تحديد جلسة أخرى وإعلان خصمه بها . وإذا لم تقيد الدعوى خلال سنة من تاريخ الجلسة الأولى التى سبق تحديدها ، اعتبرت الدعوى كأن لم تكن .

فى شىء من الجهد ، أن يقوم بهذه الأعمال الثلاثة فى يوم واحد[١] . فيتمتع بميعاد الثلاثين يوما كاملا لكل منها ، إذا كان هذا اليوم هو اليوم الأخير من الميعاد[٢] . ثم يقوم قلم المحضرين ، بعد أن يتسلم من الشفيع صحيفة الدعوى وصورها ، بإعلان الصحيفة فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسليمها أو قبل اليوم المحدد للجلسة إذا حدد قبل ذلك (م ٧٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) . ولكن مدة الإعلان هذه لا تحسب على الشفيع ضمن ميعاد الثلاثين يوما ، إذ أن هذا الميعاد يكون قد انقطع بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين كما سبق القول .

ويكون إعلان صحيفة دعوى الشفعة فى موطن كل من المشترى والبائع أى فى المحل الذى يقيم فيه[٣] ، على الوجه الذى بيناه فى إعلان الرغبة فى الأخذ الأخذ بالشفعة[٤] . ويحسب ميعاد الثلاثين يوما الواجب فى خلالها قيد الدعوى

---

(١) ولايشترط أن يكون هناك فاصل بين هذه الأعمال الثلاثة ، ولو بيوم واحد . وقد قضت محكمة النقض ، قبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، بأن نص المادة ٩٤٢/٢ مدنى تضمن شرطين ، أولهما أن يودع الشفيع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة ، والثانى أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى . وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ، ولم يحدد فاصلا زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى . فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لايحتمله النص ، ولايتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ .

(٣) وإذا ترك المشترى محل إقامته المبين فى عقد البيع ، ولم يبين محل إقامته الجديد ، أعلنه الشفيع بدعوى الشفعة فى النيابة ، وإلا سقط حق الشفيع إذا ترك الميعاد ينقضى دون إعلانه على هذا الوجه (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٥ ص ١٠٢٠) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠ – وقبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كان يجب إعلان صحيفة الدعوى إلى كل من البائع والمشترى فى خلال الثلاثين يوماً ، فإذا وصل الإعلان إلى أحدهما فى الميعاد القانونى ووصل إلى الآخر بعد هذا الميعاد ، سقط حق الشفيع . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لاتعتبر دعوى الشفعة قائمة إلا من تاريخ إعلان البائع والمشترى فيها ، وإذن فمتى كان المشترى قد أعلن بالدعوى فى تاريخ لاحق لإعلان البائع ، فإن الدعوى لاتكون قد رفعت إلا من وقت إعلان المشترى (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) .

ورفعها من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشترى والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . وإذا أعلنا فى يومين مختلفين فالعبرة باليوم المتأخر منهما على النحو الذى بيناه فى حساب الميعاد بالنسبة إلى إيداع الثمن [١] . ويحسب اليوم الأخير . فيجب على الشفيع أن يقدم إلى قلم المحضرين أصل صحيفة الدعوى وصورها . بعد أن يقيد قلم الكتاب الدعوى على الوجه الذى قدمناه . فى ميعاد نهايته اليوم الثلاثون من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشترى والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . ولم ينص القانون هنا . كما نص فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . على إضافة ميعاد للمسافة إذا اقتضى الأمر ذلك . وبعد تعديل نصوص تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، مما جعل الأمر بالنسبة إلى الشفيع ينتهى بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين فتنقطع مدة الثلاثين يوما عند . . لم يعد الشفيع فى حاجة إلى إضافة ميعاد للمسافة . إذ اصبحت العبرة بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين ، لا بإعلانها فعلا إلى البائع والمشترى حتى يكون هناك محل لإضافة ميعاد للمسافة. أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . حيث كان يجب أن يتم إعلان البائع والمشترى فعلا فى خلال الثلاثين يوما ، فالظاهر أنه كان يجب إضافة ميعاد للمسافة بالرغم من عدم النص على هذا الميعاد كما نص عليه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . وذلك أنه يوجد نص عام فى تقنين المرافعات على مواعيد المسافة ورد فى المادتين ٢١ و ٢٢ من هذا التقنين ، فيكتفى بهذا النص العام لإضافة ميعاد للمسافة دون حاجة إلى نص خاص فى ذلك [٢] . وإذا وقع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ – وانظر نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٠ ص ٤٩٠ – ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ – وإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة أولا بكتاب موصى عليه ، ثم صحح الشكل فأعلن رغبته بورقة رسمية على يد محضر فى الميعاد القانونى . فالعبرة فى حساب الثلاثين يوماً أن تبدأ هذه المدة من تاريخ الإعلان على يد محضر لا من تاريخ الكتاب الموصى عليه (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٦ – ص ٥١٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٤١ – وانظر عكس ذلك وأن المشرع قد قصد عدم إضافة ميعاد المسافة إلى ميعاد الثلاثين يوماً ونص صراحة على إضافة ميعاد المسافة إلى ميعاد الخمسة عشر يوماً من يوم الإنذار الرسمى بوقوع البيع ، لأن =

اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوما فى يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يلى انتهاء العطلة . على الوجه الذى بيناه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة [١] ، وميعاد الثلاثين يوما ليس مدة تقادم بل مدة سقوط [٢] ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير كامل الأهلية ، ولا يقبل الوقف كما لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين على الوجه الذى سبق بيانه .

وغنى عن البيان أن الشفيع إذا لم يتم برفع دعوى الشفعة وقيدها فى الميعاد القانونى على الوجه الذى بسطناه ، فإن حقه فى الشفعة يسقط ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدنى فيما قدمناه [٣] ، فإن هذا النص يقول كما رأينا : « وإلا سقط الحق فيها » [٤] . ويستطيع المشترى أو البائع أن يدفع بسقوط حق

= الشفيع يكون قد فوجئ بالعلم بالبيع فى الحالة الأخيرة ولا مفاجأة فى الحالة الأولى : طنطا الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٠ ص ٨١٥ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١ – عكس ذلك أيضاً فى عهد قانون الشفعة السابق : أسيوط استئنافى ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١ – شفيق شحاتة فقرة ٢٧٥ ص ٢٨٤ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦ – وانظر نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٧ – ص ٥١٨ – وانظر عكس ذلك وأن الميعاد لا يمتد حتى لو كانت نهايته يوم عطلة رسمية استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٥ ص ٧٣٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) ولا يعتبر تعديل الطلبات فى دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد ، إذا كانت الطلبات الأصلية لم توجد لبسا عند المشترى فى حقيقة العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة فى الأطيان المبيعة ، ثم تبين أنه أخطأ فى البيانات التى أوردها فى صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطيان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشترى يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادئ الأمر بطلب الشفعة فى هذه الأطيان ، فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لابس البيانات التى أوردها الشفيع فى صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ما تلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشترى لها ، فإن الحكم يكون معيباً إذا قضى بسقوط حق الشفيع فى الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات فى هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة فى صحيفة افتتاح الدعوى ، وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضى أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١١ ص ٩٧٩) .

الشفعة لهذا السبب فى أية حالة كانت عليها الدعوى . كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة ولو أمام محكمة النقض ، وللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها حتى لو نزل صاحب الحق عن التمسك به [١] . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى الجزاء المترتب على عدم إيداع الثمن فى الميعاد القانونى [٢] .

٢٢١ – الحكم فى الدعوى على وجه السرعة : جاء فى آخر المادة ٩٤٣ مدنى ، كما رأينا [٣] ، فى خصوص دعوى الشفعة : « ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة » [٤] . وكان تقنين المرافعات الجديد يشتمل على أحكام خاصة بالدعاوى التى يحكم فيها « على وجه السرعة » ، وقد حورت هذه الأحكام لما عدل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

فقبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، كانت أهم الأحكام الخاصة بالدعاوى التى يحكم فيها على وجه السرعة ، ومنها دعوى الشفعة ، هى ما يأتى : (١) ما نصت عليه المادة ١١٨ مرافعات من أن كل الدعاوى التى ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة « تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير ، ويتعين على المدعى فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات فى جلسة المرافعة نفسها . وفى جميع الأحوال تعطى المحكمة

---

(١) أسيوط الكلية ١٣ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٧ ص ٤٤٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يلى المادة ٩٤٣ مدنى هو المادة ١٣٩٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ – لاتقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى الشفعة . ٢ – وميعاد استئنافها خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانها » . وفى لجنة المراجعة أدخل تعديل على الفقرة الثانية فأصبحت : « وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت المادة « لأنها من صميم المرافعات ، ومشروع قانون المرافعات قد تضمن الحكم بعدم قبول المعارضة فى الأحكام الغيابية مادامت الدعوى تنظر على وجه السرعة ، وجعل ميعاد استئنافها عشرة أيام » . ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٦ – ص ٤٢٧ فى الهامش) .

الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وكلما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم حددت المحكمة المواعيد التي يجب أن يتم فيها ذلك » . (٢) ما نصت عليه المادة ٣٨٦ مرافعات من أنه « لا تجوز المعارضة في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة ولا في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة » . (٣) ما نصت عليه المادة ٤٠٢ مرافعات من أنه « ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . يكون ميعاد الاستئناف ... ويكون الميعاد عشرة أيام في المواد المستعجلة والمواد التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ،أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم ». وقد نصت المادة ٣٧٩ / ١ مرافعات على أن « تبدأ مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ويكون الإعلان لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي » . ويتلخص كل ذلك في أن النتائج التي كانت تترتب على نظر دعوى الشفعة « على وجه السرعة » هي أن الدعوى لم تكن تعرض على قاضي التحضير ، ولم يكن الحكم فيها قابلا للمعارضة ، وميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى عشرة أيام تبدأ من تاريخ إعلان الحكم لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي ، وذلك سواء كان الحكم صادرا من محكمة جزئية أو من محكمة كلية [١].

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فأزال التفرقة ما بين الدعاوى العادية والدعاوى التي تنظر على وجه السرعة [٢] ، على الوجه الآتي : (١) ألغي نظام تحضير القضايا بالغاء المواد من ١١٠ إلى ١١٧ مكررة مرافعات ، فأصبحت الدعاوى العادية كالدعاوى التي تنظر على وجه السرعة لا تمر بالتحضير . ولكن لم تلغ المادة ١١٨ مرافعات . فبقيت دعوى الشفعة ، باعتبارها

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٠ – فقرة ٤٦١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ ص ٤٩٠ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، في صدد التعديلات الجوهرية التي أدخلها هذا القانون على نصوص تقنين المرافعات ، ما يأتي : «ومن ذلك سريان ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، وإلغاء المعارضة في الأحكام الغيابية كأصل عام ، وإلغاء الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة » .

من الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة ، يتعين على الشفيع فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات فى جلسة المرافعات نفسها . (٢) ألغيت المعارضة فى الأحكام ، إذ عدلت المادة ٣٨٥ مرافعات على الوجه الآتى : «لا تجوز المعارضة إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون» ، وذلك بعد أن عدلت المادة ٩٥ مرافعات على الوجه الآتى : «إذا تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم كلهم أو بعضهم عن الحضور فى الجلسة الأولى ، وجب على المحكمة فى غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب ، ويعتبر الحكم فى الدعوى بمثابة حكم حضورى فى حق المدعى عليهم جميعا» . وعلى ذلك تساوت الدعاوى العادية والدعاوى التى تنظر على وجه السرعة ، من حيث عدم جواز المعارضة فى الأحكام الصادرة فى جميع الدعاوى . (٣) أصبح ميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى التى تنظر على وجه السرعة هو نفس ميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى العادية ، إذ عدلت المادة ٤٠٢ مرافعات على الوجه الآتى : «ميعاد الاستئناف ستون يوما ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ويكون الميعاد خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة ، أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم» . وفى مقابل إطالة ميعاد الاستئناف ، جعل هذا الميعاد يسرى من تاريخ صدور الحكم لا من تاريخ إعلانه ، إذ عدلت المادة ٣٧٩ / ١ مرافعات على الوجه الآتى : «يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ، ما لم ينص القانون على غير ذلك» . وعلى ذلك يكون ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة هو ستون يوما من وقت صدور الحكم [1] .

ومجمل القول أن دعوى الشفعة ، بعد القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، أصبحت كغيرها من الدعاوى : لا تمر على قاضى التحضير ، ولا تجوز

---

(١) ويسرى هذا الميعاد الجديد على الأحكام الصادرة فى دعاوى الشفعة منذ صيرورة القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ نافذاً ، ولو رفعت دعوى الشفعة قبل نفاذ هذا القانون ، إذ العبرة فى حق الاستئناف ومواعيده بالقانون المعمول به عند صدور الحكم ، لا بالقانون الذى كان معمولا به وقت رفع الدعوى (استئناف وطنى ١٦ مارس سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ٤١ ص ٨٢ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٥ ص ٦٢ – ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٢ ص ٩ – ٢٥ نوفبر سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٣ ص ١٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٤ رقم ١٥ ص ٤٩ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٥) .

المعارضة فى الحكم الصادر فيها ، وميعاد استئناف الحكم فيها ستون يوما من تاريخ صدوره . وانحصرت الفائدة من كون دعوى الشفعة تنظر « على وجه السرعة » فى سرعة تقديم المستندات ، وفى توصية عامة للمحكمة فى أن تراعى السرعة فى الفصل فى الدعوى فلا تكثر من التأجيل وتقصر مواعيد التأجيلات إذا اقتضاها الأمر [1] .

٢٢٢ – الخصوم فى استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة وفى الطعن فيه بالنقض : رأينا فيما تقدم [2] أن الخصوم فى دعوى الشفعة هم الشفيع من جانب وكل من المشترى والبائع من جانب آخر . فلا بد إذن أن يدخل الشفيع فى الخصومة كلا من المشترى والبائع ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وكما أن هؤلاء هم الخصوم فى محكمة أول درجة ، فانهم يبقون كذلك أمام المحكمة الاستئنافية إذا استؤنف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، وأمام محكمة النقض إذا طعن فى الحكم بالنقض .

ففيما يتعلق بالاستئناف ، أيا كان الخصم المستأنف ، الشفيع إذا خسر الدعوى والمشترى أو البائع إذا كسب الشفيع الدعوى وقضى له بالشفعة ، يجب على المستأنف ادخال الخصمين الآخرين فى الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية فى الميعاد القانونى [3] . فاذا كان الشفيع هو المستأنف وجب عليه

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٨ .

(٣) ولا يجوز أن تقدم فى الاستئناف طلبات جديدة (م ٤١١ مرافعات) ، وقد قضى بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة أول درجة الشفعة فى جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس ، ثم طلب كل العقار فى المحكمة الاستئنافية ، عد هذا طلبا جديداً فيما زاد على الجزء المطلوب فى محكمة أول درجة (استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ – استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٤) . ويكون للشفيع ، إذا صدر الحكم الابتدائى لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التى أقام عليها دفاعه أمام محكمة أول درجة ، بل ويزيد عليها أسانيد جديدة دون أن يطالب برفع استئناف فرعى . أما إذا لم يقض له بكل الطلبات ، فانه يجب عليه أن يرفع استئنافاً فرعياً فيما لم يقض له به . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف ، وإعادة طرحه مع أسانيده القانونية وأدلته الواقعية . ولذلك يكون للمستأنف عليه الذى صدر الحكم الابتدائى لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التى أقام عليها دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى ، دون أن يكون مطالباً بأن يرفع =

إدخال كل من البائع والمشترى ، وإذا كان المشترى أو البائع هو المستأنف وجب عليه ادخال الشفيع والخصم الآخر (البائع أو المشترى) . والواجب ، فى عهد تقنين المرافعات السابق ، إدخال كل من الخصمين الآخرين وإعلانهما بالاستئناف فى الميعاد القانونى ، وإلا كان الاستئناف باطلا [١] . وقد كانت

= استئنافاً فرعياً . وذلك إذا كان قد حكم له بطلباته كلها ، إذ فى هذه الحالة تكون مصلحته فى رفع الاستئناف منعدمة . أما إذا كان لم يحكم له إلا ببعض الطلبات ، فيكون هناك محل للاستئناف للمطالبة بما لم يحكم له به . ويجب فى هذا المقام أن يكون المحكوم برفضه طلباً بالمعنى الصحيح فى القانون (chef de demande) . فاذا كان المدعى قد أقام دعواه بالشفعة على أنه مالك بالشيوع ، وأن أطيانه تجاور العقار المشفوع فيه من جهتين ، وأن له عليه حق ارتفاق ، فندبت المحكمة الابتدائية خبيراً فى الدعوى لتحقيق هذه الأسباب ، ثم قضت للشفيع بطلباته استناداً على ماظهر من تقرير الخبير من ثبوت الجوار بين الحدين ، وعند ما استأنف المشترى هذا الحكم أصر الشفيع أمام محكمة الاستئناف على تمسكه بسببى الشفعة الآخرين وطلب تأييد الحكم المستأنف ، فمن الخطأ أن تقول محكمة الاستئناف إن الشفيع بعدم استئنافه الحكم فيما يتعلق بذينك السببين يكون قد انتهى إلى التمسك بسبب الجوار فقط ، وتلتفت بناء على ذلك عن السببين الآخرين اللذين أصر عليهما أمامها (نقض مدنى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٨ ص ١٧) .

(١) وقد قضى بأنه إذا أهمل الشفيع إعلان البائع فى ميعاد الاستئناف لم يقبل استئنافه ، إلا إذا كان البائع قد انضم إلى الشفيع فى طلباته أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١) . أما إذا كان البائع لم يحضر أمام محكمة أول درجة ، فانه يعتبر معارضاً لدعوى الشفعة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٢) . وعدم إدخال البائع فى الاستئناف يجعل الاستئناف غير مقبول ، حتى لوحضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف إذا كان حضوره بعد فوات ميعاد الاستئناف ، إذ أن المشترى يكون قد كسب حق دفع الاستئناف بأنه غير مقبول شكلا ، ومع ذلك يكون حضور البائع من تلقاء نفسه أمام الاستئناف بعد الميعاد مقبولا إذا كان قد انضم إلى الشفيع أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٣) . وإذا كان الاستئناف لايتناول حق الشفعة ذاته ، كأن يتناول المبلغ الذى يجب على الشفيع دفعه كلحق للثمن ، فان إدخال البائع فى الاستئناف غير واجب . فاذا أراد المشترى المجادلة فى حق الشفعة ذاته ، فان عليه أن يدخل البائع فى الدعوى ، وإلا كان استئناف المشترى الفرعى غير مقبول (استئناف مختلط ٧ نوفبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣) . ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المشترى ، فانه يكون مقبولا ولولم يعلن البائع ، لأن شرط إعلان البائع لايستلزمه القانون إلا بالنسبة إلى الشفيع (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٨) . ومصروفات إدخال البائع فى الدعوى تكون على الشفيع أو المشترى ، أيهما خسر الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨) .

وانظر فى كل ذلك محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢ .

محكمة استئناف مصر قد قضت بأن وجوب رفع الدعوى فى ميعاد معين على البائع والمشترى معاً مقصور بحكمه على دعوى الشفعة عند رفعها ، أما بعد رفع الدعوى وصدور حكم فيها فان رفع استئناف عن هذا الحكم لا يخضع لهذه القاعدة الخاصة وإنما يخضع للقواعد العامة المقررة فى باب الاستئناف . لذلك وجب ألا يعاب على الشفيع المستأنف للحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، وهى دعوى غير قابلة للتجزئة ، أن يكون قد فاته أن يعلن البائع فى الميعاد القانونى إذا كان قد أعلن المشترى فى الميعاد المذكور . ذلك أن القواعد العامة المقررة فى باب الاستئناف فى الدعاوى غير القابلة للتجزئة تقضى بأنه إذا رفع الاستئناف فى الميعاد بالنسبة إلى واحد من المحكوم لهم ، صح الاستئناف ولو لم يعلن الباقون إلا بعد الميعاد القانونى [1] . ولكن عندما طعن فى هذا الحكم بالنقض ، لم تقر محكمة النقض محكمة الاستئناف على ما ذهبت إليه ، وقضت بأنه إذا أعلن الشفيع المشترى بالاستئناف فى الميعاد القانونى ، ولم يعلن البائع إلا بعد هذا الميعاد ، فان الاستئناف يكون غير مقبول . ذلك أن القانون فى دعوى الشفعة قد حتم اختصام أفراد مخصوصين فى الميعاد المعين لها ، فيكون واجبا على الشفيع اختصامهم فى الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبوله ، والحال كذلك فى الاستئناف . فطلب الشفعة هو طلب موجه إلى البائع والمشترى فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معاً [2] . ونرى من ذلك أن

---

(١) استئناف مصر ٢ فبراير سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٣ ص ٦٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ – وقالت محكمة النقض فى أسباب حكمها : «ومن حيث إن المادة ١٥ من قانون الشفعة تنص على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى معاً وإلا سقط الحق فيها . وإذا لوحظ أن القانون المدنى لم يكن – قبل صدور قانون الشفعة – يقضى بادخال البائع فى الدعوى ، بل كان يكتفى برفع الدعوى على المشترى فقط ، لزم عن ذلك القول بأن إدخال البائع فى دعوى الشفعة من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، أى أنه شرط فى صحة استعماله ، بحيث إذا تخلف هذا الشرط سقط حق الشفعة . وحكمة ذلك أن طلب الشفعة هو طلب موجه فى الحقيقة إلى البائع والمشترى فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معاً ، لأن الشفيع بموجب المادة ١٣ من قانون الشفعة يحل بالنسبة إلى البائع محل المشفوع منه فى جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الواجبات . وبهذا يتحول عقد البيع من كونه بين البائع والمشترى إلى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشترى ولا يكون له أن يطالب بها إلا الشفيع الذى –

محكمة النقض قد قررت فى عهد قانون الشفعة السابق وتقنين المرافعات السابق أن يختصم الشفيع فى الاستئناف كلا من البائع والمشترى . وأن يعلن كلا منهما بالاستئناف فى الميعاد القانونى ، فاذا أعلن أحدهما فى الميعاد القانونى والآخر بعد هذا الميعاد كان استئنافه غير مقبول .

ولكن تقنين المرافعات الجديد استحدث نصا هو المادة ٣٨٤ منه وتجرى على الوجه الآتى : « لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ، ولا يحتج به إلا على من رفع عليه . على أنه إذا كان الحكم غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو

= حل محله . وكما تكون حقوق البائع قبل الشفيع لا قبل المشترى ، يكون كذلك ماعليه من الواجبات باعتباره بائعاً للشفيع لا للمشترى ، فيكون للبائع أن يطالبه بالثمن ويكون عليه أن يضمن له المبيع ، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ومن حيث إن المادة ١٧ (من قانون الشفعة السابق) نصت على أن ميعاد الاستئناف فى دعاوى الشفعة خمسة عشر يوماً من يوم إعلان الحكم . ولما كان الاستئناف يعيد الدعوى إلى حالتها الأولى ، فانه يجب عند استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، ليكون الاستئناف مقبولا شكلا ، أن يعلن إلى كل من المشترى والبائع فى ميعاد الاستئناف الذى يفتحه أحدهما باعلان الحكم . فاذا كان الحكم قد أعلن من المشترى ، ولم يعلن الشفيع البائع مع المشترى فى الميعاد القانونى ، فلا يقبل استئنافه . ولاوجه للقول بأن ميعاد الاستئناف يظل مفتوحاً بالنسبة إلى البائع ، لأنه حتى إذا كان البائع أعلن الشفيع بعد الإعلان الموجه إليه من المشترى فان ميعاد الاستئناف يبدأ من الإعلان الأول ، إذ أنه فى الحالة التى يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة إذا أعلن الحكم كل ذوى الشأن الذين كسبوا الدعوى إلى المحكوم عليه ، وكانت إعلاناتهم فى تواريخ مختلفة ، فان ميعاد الاستئناف يبدأ من أول إعلان . على أنه ما دام القانون قد حتم اختصام أفراد مخصوصين فى الدعوى فى الميعاد المعين لها ، فانه يكون واجباً على الشفيع اختصامهم فى الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة . والحال كذلك فى الاستئناف . ولا ينقض من ذلك ما تعرض له الحكم المطعون فيه فى شأن قاعدة نسبية الآثار المترتبة على إجراءات المرافعات ، فانه وإن كانت آثار إعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لاتكون إلا بالنسبة إلى المعلن والمعلن إليه من الخصوم فى الدعوى عند تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم على السواء ، فيما عدا حالتى التضامن وعدم إمكان التجزئة ، فالحال هنا تختلف مادام القانون – كما سلف – يستوجب اختصام المشترى والبائع معاً فى دعوى الشفعة فى الميعاد المعين لها » (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢) – وانظر أيضاً نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٧ رقم ١٢٧ – ٢٣ نوفبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٣٠ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٨ – ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٩ .

فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين ، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد ، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم . . . » . ولما لم يكن هذا النص موجودا فى تقنين المرافعات السابق الذى قررت فى عهده محكمة النقض المبدأ المتقدم الذكر ، فالظاهر أن هذا النص الجديد من شأنه أن يعدل من هذا المبدأ . لا يزال من الواجب دون شك أن يختصم الشفيع فى الاستئناف كلا من المشترى والبائع وإلا كان استئنافه غير مقبول . ولكنه إذا أعلن أحدهما بالاستئناف فى الميعاد القانونى وأعلن الآخر به بعد فوات هذا الميعاد ، كان استئنافه مقبولا . ذلك أن دعوى الشفعة يصدق عليها وصف أنها غير قابلة للتجزئة ووصف أن القانون يوجب فيها اختصام أشخاص معينين ، فينطبق عليها الاستثناء الوارد فى المادة ٣٨٤ مرافعات سالفة الذكر . ومن ثم ينطبق عليها ما ورد فى آخر النص من أنه « إذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد ، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم » . فاذا أعلن الشفيع الاستئناف إلى المشترى مثلا فى الميعاد القانونى ، وجب عليه اختصام البائع وإعلانه بالاستئناف ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف ، ويكون استئنافه مقبولا بالرغم من أنه أعلن للبائع بعد فوات الميعاد (1) .

---

(1) وقد أقرت محكمة النقض فعلا هذا الرأى ، فقضت بأنه متى كان الاستئناف قد رفع بتكليف بالحضور على اعتبار أن الدعوى التى صدر فيها الحكم المستأنف دعوى شفعة يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وقد اختصم المستأنف فى صحيفة الاستئناف الشفيع المحكوم له ابتدائياً والبائعين ، وقام باعلان الاستئناف إلى البائعين بعد فوات الميعاد ، فان إعلان الاستئناف إلى البائعين بعد فوات الميعاد لا يترتب عليه سقوط الحق فى الاستئناف ، لا بالنسبة إلى جميع المستأنف عليهم ولا بالنسبة إلى أيهم ، وذلك تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٧٧ ص ٤٧٦) – وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٠ .

هذا وقد سوى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بين الدعاوى العادية والدعاوى التى ينظر فيها على وجه السرعة من حيث إن الاستئناف فى جميع هذه الدعاوى يرفع ، بتكليف بالحضور يراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى ، ويجب أن تشتمل صحيفته على بيان الحكم المستأنف وأسباب الاستئناف ، وإلا كانت باطلة ، (م ٤٠٥/١ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠ –

وفيما يتعلق بالنقض ، لا بد من اختصام الشفيع والمشترى والبائع . سواء كان الطاعن هو الشفيع أو المشترى أو البائع . فاذا كان الشفيع هو الطاعن ، فلا بد من أن يوجه الطعن إلى كل من المشترى والبائع . وأن يعلن كلا منهما بتقدير الطعن فى الميعاد القانونى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون قد أوجب على الشفيع اختصام المشترى والبائع كليهما معاً فى دعوى الشفعة ، وإلا كانت غير مقبولة . وهذا الحكم يسرى على الدعوى فى درجتى التقاضى الابتدائية والاستئنافية . ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر فيها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له ، فان اختصام المشترى والبائع كليهما فى الطعن يكون واجبا كذلك . ولا يغض من هذا النظر ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الصادر بانشاء محكمة النقض من أن لرافع النقض الحرية فى تعيين الخصوم الذين يراد إدخالهم فى الدعوى دون إلزامه بتوجيه الطعن إلى جميع الخصوم فى الحكم المطعون فيه ، فان هذا لا يمكن أن يفيد أنه فى دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزما باختصام من لا تقبل الدعوى إلا باختصامه . بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من اختصام من يجب قانونا اختصامه فى الدعوى ، يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهمه نقض الحكم فى حقه . وعلى ذلك إذا لم تعلن البائعة فى دعوى الشفعة بتقرير الطعن ، كانت دعوى الطعن بالنقض غير مقبوله . وللنيابة العامة أن تطلب الحكم بعدم

=لسنة ١٩٦٢) . وبقيت المادة ٣٨٤ مرافعات كما هى تنطبق على جميع الدعاوى ، بما فى ذلك دعوى الشفعة التى تعتبر كما قدمنا دعوى غير قابلة للتجزئة ودعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين ، ولم يمس القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المادة ٣٨٤ مرافعات المذكورة بأى تعديل .

وإذا قضت محكمة أول درجة بسقوط الحق فى الشفعة ، فان الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم يطرح الدعوى بما احتوته من طلبات ودفوع وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف . فلا يجوز لها ، فى حالة إلغاء هذا الحكم ، أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد . ولا يغير من هذا الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق فى الشفعة هو بطلان إعلان أحد الخصوم . وذلك لأن هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به . وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعى فى الشفعة ، على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشترى وفقاً لما يتطلبه القانون ، ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا البطلان مستقلا عن الغاية من التمسك به والأثر المترتب عليه (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤) .

قبول الطعن ، بسبب عدم صحة اختصام من لا يصح الطعن إلا باختصامه[1] . وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك ، فقضت بأنه متى كان الطعن مرفوعا من أحد ورثة البائعة دون باقى الورثة الذين كانوا خصوما فى الاستئناف ، فان الطعن يكون غير مقبول شكلا [2] . وقضت كذلك بأن بطلان الطعن بالنسبة إلى أحد البائعين يترتب عليه حتما عدم قبوله شكلا بالنسبة إلى باقى المطعون عليهم [3] . وإذا كان الواجب إعلان جميع المطعون عليهم بتقرير الطعن فى

---

(١) نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٢ ص ١٨٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٥ .

(٢) نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ .

(٣) نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٨١ ص ٦٤٠ - وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣ (لابد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والمشترى والبائع ، سواء فى أول درجة أوفى الاستئناف أوفى النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أوالمشترى أو البائع . فان رفعها أحدهم فى أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم صاحبيه ، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إذ لاحكم إلا فى دعوى ولادعوى بغير خصم . ذلك بأن الشفعة فى نظر القانون هى تحويل الحقوق والالتزامات مابين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشترى فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته فى تلك الحقوق بالشفيع . فهى عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة ، كل منهم طرف حقيق ضرورى فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع فى حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض ، ولايتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك) - ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٤ ص ٦٥٦ - ٢ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص ٧٨٧ (إذا كان اختصام شخص معين فى الطعن بالنقض لازماً لقبوله ، كما هى الحال فى دعوى الشفعة التى يجب قيامها بين أطرافها الثلاثة ، واختصمه الطاعن فى تقرير الطعن ولكنه لم يعلنه إليه إلا بعد فوات الميعاد المعين لذلك ، كان الطعن باطلا بالنسبة إليه ، وكان إذن غير مقبول لعدم اختصاصه) - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٩ ص ١٠١ (إذا كانت الطاعنة وهى المشترية ، وإن كانت قد اختصمت فى طعنها الشفيع والبائعين ، أعلنت الطعن لأحد هذين البائعين بعد انقضاء الميعاد المحدد فى القانون لصحة الإعلان ، فان طعنها يكون غير مقبول شكلا ، لأن هذا البائع وقد أعلن إعلاناً باطلا بعد الميعاد يكون غير مختصم فى الطعن) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢١٣ - ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٠ ص ٤٢٠ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٦ ص ٦١٦ .

الميعاد القانونى فى عهد تقنين المرافعات السابق . فى عهد تقنين المرافعات الجديد وطبقا للمادة ٣٨٤ من هذا التقنين السالف ذكرها ، إذا أعلن بعض المطعون عليهم بتقرير الطعن فى الميعاد القانونى فإنه يجوز إعلان باقى المطعون عليهم بعد فوات هذا الميعاد ، ويكون الطعن فى هذه الحالة مقبولا شكلا ، لأن دعوى الشفعة غير قابلة للتجزئة ولأنها من الدعاوى التى يجب أن يختصم فيها أشخاص معينون (١) .

٢٢٣ – الحكم النهائى بثبوت الحق فى الشفعة وتسجيله – نص قانونى :

تنص المادة ٩٤٤ مدنى على ما يأتى :

« الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١ – على أن تقرير الطعن بالنقض يجب أن يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصامهم . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه وإن كانت المادة ٣٨٤ مرافعات تنص على أنه إذا رفع الطعن من حكم صادر فى دعوى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها كما هى الحال فى دعوى الشفعة على أحد المحكوم لهم فى الميعاد ، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم ، إلا أن هذه المادة مقيدة فى الطعن بطريق النقض بما أوجبته المادة ٤٢٩ مرافعات من أن الطعن بالنقض لا يكون إلا بتقرير يحصل فى قلم كتاب المحكمة يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصامهم . وإذن فمتى تبين أن تقرير الطعن قد خلا من اختصام البائعة ، فإنه يكون غير مقبول شكلا (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٤ ص ٥٥٢) .

وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٦ – ص ٥٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ – الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ٢ – ويسرى على تسجيل حكم الشفعة نص المادة ١٣٩٠ الخاصة بتسجيل إعلان الرغبة ومايترتب على هذا الإعلان» . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية وعدل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدنى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٠ – ص ٤٣١) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق : م ١٨ – الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

م ٤/١٤ : ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه فى المادة الثانية عشرة الآتى ذكرها .(وقانون الشفعة السابق–

ويخلص من هذا النص أنه إذا صدر حكم نهائى بثبوت حق الشفيع فى الشفعة ، فإن هذا الحكم يعتبر سندا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ، فما هو المقصود بعبارة أن الحكم « يعتبر سندا لملكية الشفيع » ؟ لقد اقتبس نص المادة ٩٤٤ مدنى الذى وردت فيه هذه العبارة من المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، إذ كانت هذه المادة الأخيرة تجرى على الوجه الآتى : « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وقد عرضت محكمة النقض لتفسير عبارة « يعتبر سندا لملكية الشفيع » الواردة فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، فذهبت إلى أن المقصود « بسند الملكية » هو السبب القانونى المنشىء لحق الملكية ، لا دليل الملكية وحجيتها . ولا شك فى أن عبارة « سند الملكية » تحتمل المعنيين ، معنى السبب القانونى المنشىء لحق الملكية ومعنى دليل الملكية وحجيتها . وبحسبنا هنا أن ننقل بعض أسباب حكم لمحكمة النقض ، ناقشت فيه هذين المعنيين ، وأخذت بالمعنى الأول دون الثانى . قالت المحكمة : « وحيث إن الطعن مبناه أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة . . . أما خطأ الحكم فى تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة فوجهه أن الحكم قد استند إلى هاتين

= يجعل المحكمة تسجل من تلقاء نفسها حكم الشفعة ، أما التقنين المدنى الجديد فيجعل قانون الشهر العقارى هو الذى يسرى ، فيتبع فى تسجيل حكم الشفعة ، الإجراءات المقررة فى هذا القانون).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٤١ : يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضى بالشفعة بالتسجيل فى دائرة الطابو ، أو عند التسجيل فى الطابو فى حالة التراضى على الشفعة .

(والتقنين العراقى ، طبقاً لأحكام الطابو أو السجل العينى ، لا ينقل ملك العقار المشفوع فيه للشفيع إلا بالتسجيل فى الطابو ، والذى يسجل هو الحكم القاضى بثبوت الشفعة أو سند التراضى على الشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٢ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يثبت حق الشفعة ويكتسب الشفيع حق التسجيل ، إما بتسليمه العقار المشفوع برضا المشترى بعد دفع الثمن وتوابعه المعينة بالمادة ٢٤٩ ، وإما بحكم صادر لمصلحة الشفيع . (والقانون اللبنانى ، طبقاً لأحكام السجل العينى ، يوجب تسجيل الحكم بالشفعة أو التراضى عليها فى السجل العينى ، حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع) .

المادتين فى القول بأن حكم الشفعة ينشىء ملكية الشفيع ولا يقررها ، فى حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدى إلى ما استخلصته المحكمة منها . ذلك لأن المادة ١٨ تنص على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وهذا النص لا يفيد أكثر من أن حكم الشفعة هو دليل الشفيع على ملكية العين المشفوعة ، كما أن حكم القسمة هو دليل المتقاسم على ملكية ما اختص به فى القسمة . أما سبب الملكية ، وهو غير دليلها ، فسابق على الحكم فى كلتا الحالتين . . والشفيع فى ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الوراثى ، والحكم له ، فيما هو مجمع عليه فى فرنسا وفى مصر ، يقرر حقه ولا ينشئه ، وأثره لا يبدأ من يوم صدوره بل يرجع إلى يوم البيع الذى حل فيه المسترد محل المشترى . . . وحيث إن الشارع إذا كان قد نص فى المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع (titre de propriété) فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التى تقضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام . بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (cause juridique) لملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة ٤٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا للملكية من رسا عليه المزاد . وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدنى اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا لملكية واضع اليد على المنقول . وكلمة سند (titre) التى وردت فى هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانونى المنشىء لحق الملكية ، ولم تجىء على معنى دليل الملكية أو حجيتها ، ومتى كان حكم الشفعة فى نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها ، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد الحكم . أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى » (١)

ونقتصر هنا على تسجيل المعنيين المختلفين لمعنى عبارة « سند ملكية الشفيع » ، وعلى الإشارة إلى أن قضاء محكمة النقض قد استقر على الأخذ بأن السند معناه

---

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

السبب القانونى المنشىء لملكية الشفيع ، على أن نعود إلى مناقشة هذه المسألة فيما يلى [١] .

بقى تسجيل الحكم النهائى بثبوت الشفعة . وقد كان قانون الشفعة السابق يقضى فى المادة ١٨ منه ، كما رأينا ، بأن « على المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد يقضى بنفس الحكم ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص بأن تركت « أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدنى » [٢] . والقواعد المقررة فى قانون الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ تقضى بأن « تتم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » (م ٢٠ من قانون الشهر العقارى) . وعلى ذلك لا تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتسجيل حكم الشفعة كما كانت الحال فى قانون الشفعة السابق ، بل يقوم الشفيع وهو صاحب الشأن فى التسجيل بمباشرة إجراءاته [٣] . ويباشرها وفقا للقواعد المقررة فى قانون الشهر العقارى [٤] ، فيقدم طلب التسجيل لمأمورية الشهر العقارى التى يقع العقار المشفوع فيه فى دائرة اختصاصها (م ٢١ قانون الشهر العقارى) ، ويتم التسجيل فى مكتب الشهر العقارى الذى تتبعه هذه المأمورية (م ٥ من قانون الشهر العقارى) .

---

(١) انظر فقرة ٢٢٩ .

(٢) انظر آنفاً ص ٦٩٥ هامش ٢ .

(٣) حتى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق التى تقضى بأن تسجل المحكمة من تلقاء نفسها حكم الشفعة قد عدلت بالمادة ٢٠ من قانون الشهر العقارى الذى أصبح نافذاً منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فأصبح الذى يقوم بتسجيل حكم الشفعة هو الشفيع صاحب الشأن فى التسجيل ، ولا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها . وكذلك كانت المادة ٤/١٤ من قانون الشفعة السابق التى تقضى بأن يكون تسجيل حكم الشفعة يتم فى الجهة التى يتم فيها تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أى فى المحاكم الوطنية والمحاكم المختلطة ، قد ألغيت ، لأن قانون الشهر العقارى وهو يلغى كل نص يخالف أحكامه (م ٦٠ من قانون الشهر العقارى) يقضى بأن يحصل التسجيل فى مكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار فى دائرة اختصاصه (م ٥ من قانون الشهر العقارى) . ولذلك عند ما صدر التقنين المدنى الجديد يقضى فى المادة ٩٤٤ منه بأن يتم تسجيل حكم الشفعة «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» ، إنما كان يقرر أمراً قد وقع بالفعل منذ نفاذ قانون الشهر العقارى . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٥٢ وما بعدها .

وإذا سايرنا محكمة النقض واعتبرنا حكم الشفعة منشئا لملكية الشفيع ، فإن تسجيل هذا الحكم يجرى تطبيقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، وتنص على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . . . » (١) . فقبل تسجيل حكم الشفعة ، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى الغير . فإذا ما سجل الحكم ، انتقلت الملكية إلى الشفيع ، ويكون انتقالها من وقت التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو بين ذوى الشأن . [illegible] الرأى الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض فى خصوص نفى الأثر الرجعى للتسجيل بين ذوى الشأن .

وإذا قلنا إن حكم الشفعة ليس منشئا لملكية الشفيع ، وإنما هو كاشف عن ثبوت حق الشفيع فى الشفعة كما سيجىء (٢) ، شأنه فى ذلك شأن سائر الأحكام تكشف عن الحق لا تنشئه ، فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم منشىء . كذلك لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف ، ناقلا كان هذا التصرف أو كاشفا (٣) ، لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهى واقعة مركبة وليست تصرفا محضا كما سبق القول. وقد كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقارى يقضى بوجوب تسجيل حكم الشفعة حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع ، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدنى عندما تقول «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». وقد تدارك قانون السجل العينى هذا النقص ، فأورد هذا النص الخاص وربط فيه ما بين تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بالشفعة ، فنصت المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ

---

(١) أنظر آنفاً ص ه ٥ ٣ – وانظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى فقرة ٣٢ .

(٢) أنظر مايلى ص ٧٢٦ .

(٣) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٥ ص ٥٢٤ .

بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية . ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور »[1] . وما دام هذا النص لم يوجد فى قانون الشهر العقارى ، فإن أقرب نصوصه إلى تسجيل حكم الشفعة هو النص القاضى بتسجيل « دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » (م ٢/١٥ من قانون الشهر العقارى) . فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع الذى تم ما بين المشترى والبائع . ولما كان عقد البيع هذا واجب التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشترى ، ولما كان حكم الشفعة قد كشف عن أن الشفيع قد حل محل المشترى بالرغم من منازعة المشترى والبائع فى ذلك ، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشترى . فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد ، ولكن لا لمصلحة المشترى الأصلى بل لمصلحة الشفيع . ومن ثم وجب تسجيله كما يسجل الحكم بصحة التعاقد ، حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه بهذا التسجيل من البائع إلى الشفيع ، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشترى . وكما أن الحكم بصحة التعاقد فى البيع يجعل منه المشترى سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فيسجله فتنتقل إليه ملكية المبيع ، كذلك الحكم بالشفعة يجعل منه الشفيع سندا يغنيه عن عقد بيع يصدر له من البائع ، فيسجله فتنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه . وفى دعوى صحة التعاقد يسجل المشترى صحيفة الدعوى[2] ، أما فى دعوى الشفعة فلا يسجل الشفيع صحيفة الدعوى ولكنه يسجل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ويقوم تسجيل هذا الإعلان مقام تسجيل صحيفة الدعوى .

المبحث الثالث

آثار الأخذ بالشفعة

٢٢٤ – انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع – علاقة الشفيع بالبائع وبالمشترى وبالغير : يترتب على ثبوت حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، على التفصيل الذى سنبسطه

(١) أنظر آنفاً ص ٣٥٥ هامش ٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

فيما يلى . وانتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع إنما هو ذاته نتيجة تترتب على حلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع الذى تم ما بين البائع والمشترى ، فتنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشترى بناء على هذا الحلول .
وما دام الشفيع قد حل محل المشترى ، فيتعين أن نحدد ، بعد أن يتم هذا الحلول ، علاقة الشفيع بالبائع وعلاقته بالمشترى وعلاقته بالغير (١) .

فنبحث إذن المسألتين الآتيتين : (١) انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . (٢) علاقة الشفيع بالبائع وبالمشترى وبالغير .

المطلب الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

٢٢٥ – الشفعة بالتراضى أو بالتقاضى سبب لحلول الشفيع محل المشترى فانتقال الملكية إليه دون المشترى : قدمنا أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ، بإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانونى (٢) . فهذه الواقعة المركبة تشتمل إذن على عناصر ثلاثة : الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة . ومتى تكاملت هذه العناصر الثلاثة ، فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره . والأثر المباشر الذى يترتب على قيام

---

(١) أما علاقة البائع بالمشترى ، بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة ويحل الشفيع محل المشترى فى عقد البيع المشفوع فيه ، فتتلخص فى أن هذا البيع فيما بين البائع والمشترى يعتبر كأن لم يكن ، إذ يتحول من كونه بين البائع والمشترى إلى كونه بين البائع والشفيع . ويترتب على ذلك أن المشترى لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق بحجة أن الشفيع قد انتزع منه العقار المشفوع فيه ، ولا يكون البائع مسئولا عن تعويض المشترى لهذا السبب ، إذ أن البيع الذى كان قد تم بينهما قد زال واعتبر كأن لم يكن كما سبق القول (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٢ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ – وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨ ص ٤٥٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١

الشفعة ، مستكملة لعناصرها الثلاثة ، هو حلول الشفيع محل المشترى فى البيع الذى تم ما بين المشترى والبائع . فالمادة ٩٣٥ مدنى تنص كما رأينا على أن « الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية » . وتؤكد المادة ١/٩٤٥ مدنى ، كما سنرى ، أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل البائع بالنص على أن « يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته » .

ولما كان استكمال الشفعة لعناصرها الثلاثة المتقدمة الذكر كثيرا ما يكون محل منازعة بين الشفيع من جهة والمشترى والبائع من جهة أخرى ، فقد أراد القانون أن يقف عند دلالة قاطعة لانحسام هذا النزاع ، إما عن طريق تسليم المشترى باستكمال الشفعة لعناصرها وهذه هى الشفعة بالتراضى ، أو عن طريق حكم قضائى يحسم النزاع نهائيا وهذه هى الشفعة بالتقاضى . فالتراضى أو التقاضى ليس من شأنه أن يقيم الشفعة سببا لإنتاج أثرها ، بل هو مجرد فض للنزاع والتدليل بوجه قاطع على أن الشفعة قد قامت فعلا مستكملة لعناصرها الثلاثة . ولم يطلب القانون فى التراضى إلا تسليم المشترى بأن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة ، وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة . أما فى التقاضى فقد رسم القانون لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة تقدم بيانها تفصيلا ، فإذا ماراعاها الشفيع انتهى إلى حكم يقضى بثبوت حقه فى الشفعة ، أى بتقرير أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة .

وسواء كان الدليل القاطع على أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة هو التراضى أو التقاضى ، فإن الشفعة تنتج أثرها المباشر ، وهو حلول الشفيع محل المشترى ، منذ أن تستكمل عناصرها الثلاثة التى تنتهى بابداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . فمتى أبدى الشفيع هذه الرغبة ، وأعلنها لكل من المشترى والبائع على الوجه الذى رسمه القانون والذى سبق أن بسطناه ، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشترى فى البيع المشفوع فيه ، وتحولت الصفقة ، بعد أن كانت بين البائع والمشترى ، إلى أن تكون بين البائع والشفيع . ويكون ذلك بطبيعة الحال منذ أن وجدت الصفقة ، أى منذ تمام البيع بين البائع والمشترى .

فالقانون ، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة ، يحل الشفيع محل المشترى ، ويجعل الشفيع هو المشترى منذ البداية ، ويخرج المشترى من الصفقة كأنها لم تنعقد له أصلا . ويبقى البيع قائما منذ أن انعقد ، ولكنه يكون بيعا المشترى فيه هو الشفيع لا المشترى الأصلى . وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع ، فيكون للشفيع حقوق المشترى وعليه التزاماته ، وذلك منذ أن انعقد البيع كما سبق القول ، لأن المشترى يختفى تماما ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا فى الصفقة[1]. وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفيع فى نفس البيع الذى سبق أن تم ، فلا يكون المشترى وسيطا بينهما بعد أن خرج من الصفقة . وعلى ذلك يكون الشفيع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشترى ، وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشترى[2] .

ومن حقوق المشترى أن تنتقل إليه ملكية العين المبيعة من البائع ، فتنتقل إذن ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفيع . ولكن متى تنتقل؟ ومتى يحل الشفيع محل المشترى ؟

٢٢٦ – متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ومتى يحل الشفيع محل المشترى – اختلاف الآراء : هذا التحليل لطبيعة الشفعة الذى نقول به ، على بساطته وعلى تمشيه مع النصوص والحلول العملية المسلم بها فى الشفعة ، ليس محلا لاتفاق الآراء .

ولو سلم به ، لأمكن القول دون تردد إن الشفيع ، وقد حل محل المشترى ، تنتقل إليه ملكية العقار المبيع فى الوقت الذى كانت تنتقل فيه إلى المشترى لو بقى

---

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣١ – ٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٢ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢.

(٢) ويصبح الشفيع هو الخلف المباشر للبائع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٧ ص ٤٦٤) . فيكون فى نفس مركز المشترى وبنفس الشروط ، وعلى ذلك يلتزم بما تعهد به المشترى فى عقد شرائه بأن ينشئ فى خلال سنة منزلا للسكنى على الأرض المبيعة وأن يحافظ على الاستواء الحالى وإلا فسخ البيع ، فمثل هذا الشرط صحيح ولم يقصد به التحايل لمنع الشفيع من استعمال حقه (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٥) .

هذا فى الصفقة مشتريا ولم ينتزعها منه الشفيع ، والمشترى لا يصبح مالكا للعقار المبيع إلا إذا سجل عقد البيع ، ويكون مالكا من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير. أما فيما بينه وبين البائع ، فمن وقت التسجيل أيضا وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، ومن تمام البيع وفقا للرأى الذى نقول به . وعلى ذلك يجب على الشفيع ، حتى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه من البائع ، أن يسجل السند الذى حل بالنسبة إليه محل سند البيع بالنسبة إلى المشترى ، وهو التراضى على الشفعة إذا تمت بالتراضى [1] أو الحكم بثبوتها إذا أخذت بالتقاضى . فإذا

---

(١) هذا والتراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة هو ذلك الذى يتم بقبول المشترى بعد إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأنه إذ نص المشرع فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد على أن «يعلن الشفيع رغبته فى الشفعة إلى كل من البائع والمشترى فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ، وإلا سقط حقه» ، لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشترى والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول . وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثور فى شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة ، وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى حالة عدم إبداء رغبته فى خلال تلك المدة ، أو بدءاً لافتتاح إجراءات الشفعة فى حالة إبداء رغبته فى خلالها . أما التراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة ، فهو ذلك الذى يتم بقبول المشترى بعد إبداء الشفيع رغبته فى الشفعة » (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٣ : ويشير إلى حكم استئناف مصر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٦ فى القضية رقم ٧٤ سنة ٦٢ قضائية ، وفيها أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى بعد فوات ميعاد الخمسة عشر يوماً . ولكن المشترى وقع هو والشفيع على أصل الإعلان إقراراً بأن المشترى قبل التنازل عن الصفقة للشفيع لاستحقاقه لها . وبعد ذلك أنذر المشترى الشفيع بالعدول عن الإقرار وتمسكه بالصفقة . فرفع الشفيع دعوى على المشترى يطالبه فيها بالأرض المبيعة ، ورفع المشترى الدعوى بأن الشفيع لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبيع فقضت المحكمة الابتدائية باحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات العلم . ولما استؤنف هذا الحكم ، قضت محكمة الاستئناف بأن الإقرار الذى وقعه المشترى والشفيع باستحقاق الشفيع للشفعة هو تسليم للشفيع بحقه فى الشفعة بالتراضى . وقد تعلق حق الشفيع به ، فلا يملك المشترى ولا ورثته الرجوع فى هذا التسليم ، حتى لو ثبت أن الشفيع لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إلا بعد فوات الميعاد . ولذلك يكون الحكم الابتدائى ، إذ قضى بالتحقيق لإثبات العلم ، فى غير محله .

وإذا تم التراضى على الوجه المتقدم ، يثبت حق الشفيع بهذا التراضى ، ولا بد من تسجيله حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع . ولكن حلول الشفيع محل المشترى يكون فى هذه الحالة أيضاً : —

سجل هذا السند انتقلت إليه الملكية ، كما كانت تنتقل إلى المشترى بتسجيل سند البيع . وتنتقل الملكية إلى الشفيع من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير ، أما فيما بينه وبين البائع والمشترى فتنتقل أيضا من وقت التسجيل وفقا لقضاء محكمة النقض ، ومن وقت تمام البيع الذى حل فيه الشفيع مشتريا بحكم الشفعة وفقا للرأى الذى نقول به .

ولكن الآراء اختلفت فى هذه المسألة . وهى لم تختلف فى الواقع من الأمر فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع ، فهذا الوقت تحدده أحكام التسجيل لا أحكام الشفعة . ولا خلاف فى أن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة (أو سند التراضى) ، وتنتقل إليه من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وإذا كان هناك خلاف فى أن الملكية تنتقل إلى الشفيع فيما بينه وبين البائع والمشترى ، إذا سجل الشفيع سنده ، من وقت التسجيل أو من وقت البيع ، فهذا خلاف واقع لا فى أحكام الشفعة بل فى أحكام التسجيل . والخلاف الواقع فى أحكام الشفعة ، وهو الخلاف الذى نقصده هنا ، هو فى وقت حلول الشفيع محل المشترى ، لا فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع .

فهناك رأى يذهب إلى ما ذهبنا إليه ، ويقول إن الشفيع يحل محل المشترى من وقت تمام البيع المشفوع فيه[1] . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الشفيع يحل

= فى رأينا ، من وقت البيع لا من وقت التراضى ولا من وقت إبداء الرغبة . وإذا قام نزاع فى شأن هذا التراضى ورفعت دعوى بهذا النزاع ، فإن هذه الدعوى لا تكون دعوى شفعة تراعى فيها مواعيدها ، لأن الشفعة تمت بالتراضى لا بالتقاضى ، وإنما تكون دعوى نزاع عادية تخضع للأحكام العامة فى الدعاوى (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٥).

وفى حالة التراضى على الشفعة ، يكون سبب كسب الشفيع لملكية العقار هو الشفعة لا بيع تم بهذا التراضى ، ولذلك لا تجوز شفعة جديدة فى هذا التراضى (شفيق شحاته فقرة ٢٧٨) .

(١) استئناف وطنى ١١ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ (وقد جاء فى أسباب هذا الحكم : وحيث إن الشفعة تثبت بالطلب المستوفى لشرائط القانون ، ومتى ثبتت انفسخ البيع للمشترى وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكاً له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق العينية التى يكون قد قررها عليه المشترى . وحيث إن الحكم بها للشفيع ليس عبارة إلا عن تقرير صحة الطلب وإلزام المتخاصمين بالنتائج القانونية المترتبة عليها ، فهو من الأحكام المبنية للحقوق لا المنشئة لها) . وقضى أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق بأن القواعد القانونية تقضى بأن الأحكام معلنة ومقررة للحقوق وثبوتها =

محل المشترى من وقت إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من المشترى والبائع[١] . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت رفع دعوى الشفعة[٢] . ولكن الرأى الذى يستوقفنا طويلا هو الرأى الرابع الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض وتابعها فيه جمهور الفقهاء[٣] ، ويذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة (أو من وقت التراضى) ، فان هذا الحكم طبقا لهذا الرأى يعتبر

= لاموجدة لها ، بمعنى أن الحق الذى قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب له من يوم وجوده لا من يوم القضاء له به . وعلى هذه القاعدة يكون الشفيع الذى طلب أخذ العقار بالشفعة مالكاً لهذا العقار من يوم حصول البيع ، وهذا يوافق ما نص عليه فى مذهب الإمامين مالك والشافعى من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والمبيع ولولم يسلم المشترى أويستلم الثمن ، وعلى ذلك جاز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة (استئناف وطنى ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦١) - وانظر على زكى العرابى فقرة ١١٣ - عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٢٥ .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا استمر المشترى واضعاً يده على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، فانه يكون مسئولا عن الثمار قبل الشفيع من يوم الإعلان إلى يوم التسليم ، بعد خصم المصروفات وأتعاب الإدارة وفوائد ثمن المبيع من يوم الإعلان إلى يوم دفع الثمن (استئناف وطنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ - استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢) . وانظر أيضاً حسن كيرة ص ٢٢ - ص ٢٣ (ويذهب إلى أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته فى طلب الأخذ بالشفعة ، ولكنه يشترط تسجيل هذا الإعلان حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع وحتى يكون هذا مستحقاً للثمار) . وانظر أيضاً أنور سلطان فى مجلة الحقوق ٢ ص ٦٩٩ - وانظر أيضاً فى أن الملكية تنتقل إلى الشفيع من وقت تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة : استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٠ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٧ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٣ (ويقول بأن حكم الشفعة يرتد بأثر رجعى إلى الوقت الذى يستكمل فيه الشفيع إجراءات الشفعة وفقاً لنصوص القانون ، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه كسب مركزاً قانونياً يستند إليه حقه فى تملك العقار المشفوع) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٣ - شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٧٦ ص ٣٨٥ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥٩ وفقرة ٤٧٠ ص ٤٨١ - إسماعيل غانم ص ٩٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ .

منشئا لحق الشفيع لا كاشفا عنه [١] . وقد كنا أشرنا إلى هذا الرأى فيما قدمناه فى تفسير عبارة أن حكم الشفعة « يعتبر سندا لملكية الشفيع » (م ٩٤٤ مدنى) [٢] ، والآن نتولى بسط الرأى بالتفصيل ، وننظر فيه بعد ذلك نظرة تقديرية .

٢٢٧ – رأى محكمة النقض – يحل الشفيع محل المشترى من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة لأن هذا الحكم منشىء لحق الشفيع لا كاشف عنه : وقد استقر قضاء محكمة النقض ، كما قدمنا ، على أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة ، وبأن حكم الشفعة منشىء لحق الشفيع لا كاشف عنه ، فلا يصير العقار المشفوع فيه إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . وقد أصدرت فى عهد قانون الشفعة السابق حكما أساسيا فى هذه المسألة سبقت الإشارة إليه [٣] ، وقضت فيه بأنه إذا كان حق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ ، فان العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة . ولا سند فى القانون لدعوى الشفيع بريع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر

---

(١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٤ – ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٠ – وكانت محكمة الاستئناف الوطنية بدوائرها المجتمعة قد قضت ، قبل محكمة النقض ، بأن حكم الشفعة ناقل للملك لا مقرر له ، وبأن العقار المشفوع فيه يبقى ملكاً للمشترى إلى أن يصدر الحكم بالشفعة . وقد جاء فى أسباب حكمها ما يأتى : « وحيث إن الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الغراء ، وقال الفقهاء فيها إنها تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر ، أى أن الشفيع لا يعد مالكاً للعقار إلا بناء على تراضيه مع المشترى على أن يتنازل له عما اشتراه لماله من حق الشفعة أو بحكم القاضى ، وحينئذ يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التى يكون المشترى قد صرفها فى سبيل هذا الشراء . وحيث إنه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك وليس مقرراً له ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضى أو حكم القاضى . وحيث إنه متى سلم بأن العين تعتبر ملكاً للمشترى إلى حكم القاضى ، فليس من المسلم به إلزام الشفيع بإيداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمناً بغير استغلال وبغير مسئولية على المشترى الذى له حق الانتفاع بثمرة العين مادام النزاع قائماً قصر أو طال » (محكمة الاستئناف الوطنية الدوائر المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

رفضه . ذلك بأن الشارع ، إذ نص فى المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، إنما أراد بالسند السبب القانونى المنشىء لحق الملكية ، لا دليل الملكية أو حجيتها . ومقتضى هذا النظر أو لازمه أن المشفوع لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى . ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء فى المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيد احق المشترى فى البناء والغراس فى العين المشفوعة ، ولا ما جاء فى المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة ، فان الشارع المصرى إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية ، وهى مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشترى والشفيع . وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه فى المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له فى حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع ، فان هذا لا يعنى أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت طلب الشفعة (١) . وصدر بعد ذلك حكم آخر ، فى ظل قانون الشفعة السابق ، يؤكد معنى الحكم الأول ، ويقضى بأن المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم نصت على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، إذ هو سند تملكه . وينبنى على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشترى وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم . ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط ، حتى لو كان قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه . وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافى بعد أن

---

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص [illegible] .

كان قد رفضها الحكم الابتدائى وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم الاستئنافى ، إذ العبرة فى الحالتين بالحكم النهائى سواء أكان ملغيا أم مؤيدا للحكم الابتدائى (١) .

ولم تعدل محكمة النقض عن هذا المبدأ الذى قررته من أن حكم الشفعة منشىء لا كاشف ، حتى بعد أن صدر التقنين المدنى الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . فقضت ، فى عهد التقنين المدنى الجديد ، بأن قضاء محكمة النقض قد استقر فى ظل أحكام دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة ، على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشترى بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ، وأن هذه الملكية لا يرتد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشترى ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة . ولم يعدل القانون المدنى الجديد شيئا من أحكام ذلك الدكريتو فى هذا الخصوص . فجاء نص المادة ٩٤٤ مطابقا لنص المادة ١٨ من الدكريتو من أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وانتهى المشرع إلى ترك الأمر فى تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدنى الجديد . وعلى ذلك لا تنتقل الملكية للشفيع ، فى ظل القانون المدنى الحالى ، إلا من

---

(١) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ – وانظر أيضاً نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ – ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦ : وقد طبق هذان الحكمان أيضاً قانون الشفعة السابق .

فاذا صدر حكم نهائى يقضى بالشفعة ، ثم نقض هذا الحكم ، اعتبر كأن لم يكن ، وسقطت جميع الآثار التى ترتبت عليه ، ومنها نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن نقض الحكم القاضى بالشفعة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويقتضى ذلك سقوط جميع الآثار التى ترتبت عليه ، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له ، وبالتالى يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له . وليس يجب رد الأصل فحسب ، بل يجب أيضاً رد فوائد النقود وثمار العقار . وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار ، لأن هذا الإعلان لتضمنه معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه – سند حيازة الحائز – ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ، يكون له مثل ما رتبه القانون فى المادة ٢/٩٦٦ مدنى على إعلان صحيفة الدعوى من أثر فى زوال حسن نية الحائز (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦) .

تاريخ الحكم بالشفعة (١) . وأكدت المحكمة ، فى حكم تال للحكم المتقدم ، المبدأ الذى أخذت به حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، إذ قضت بأن المشرع ، عندما نظم أحكام الشفعة فى التقنين المدنى الجديد، انتهى إلى ترك الأمر فى تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع . فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقا فى هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم التى كانت تنص على أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . أما ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ،

---

(١) نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ – وقد جاء فى أسباب هذا الحكم فى خصوص الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد وفى خصوص وجوب إيداع الثمن : «ولا يجدى الطاعن ما ذكره من أن الأعمال التحضيرية للقانون المدنى تشير إلى اتجاه المشرع إلى تقرير حق الشفيع فى الملكية من تاريخ عقد البيع أو تاريخ تسجيل طلب الشفعة ، لأنه يتبين من المناقشات فى لجنة بحث مشروع القانون حول المادة ٩٤٥ أن البحث اتجه إلى أفضلية النص على الوقت الذى يعتبر فيه الشفيع مالكاً ، واستعرضت الآراء المختلفة للفقه والقضاء فى هذا الخصوص بين مؤيد لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وبين معارض له . كما تناول البحث ملكية ثمرات العقار فى الفترة بين البيع والحكم بالشفعة ، ولكن الأمر انتهى إلى بقاء نص المادة ٩٤٥ والمادتين ٩٤٤ و ٩٤٧ على ما كانت عليه فى مشروع القانون . أما العبارة التى وردت بالمذكرة الإيضاحية للقانون تعليقاً على المادة ٩٤٧ من أن الرأى أن الشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة ويتملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشترى كأن لم يملك أصلا ، فهى عبارة لا تخرج عن أن تكون رأياً شخصياً لواضع المذكرة ، لتناقضها مع نص المادة ٩٤٤ التى قررت أن الحكم بالشفعة هو سند ملكية الشفيع . ويخلص من ذلك أن المشرع انتهى إلى ترك الأمر فى تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدنى الجديد . ولا جدوى فى هذا الصدد من التحدث عن قاعدة رجعية منشئة كانت أو مقررة ، مادام أن المشرع قد عدل عن إعمال هذه القاعدة فى خصوص الحكم الصادر بالشفعة بما مضى عليه فى المادة ٩٤٤ . كما أن ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التى جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأى المشرع فى اعتبار حكم الشفعة هو المنشىء لملكية الشفيع » (نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ – ص ٨٠٥) .

فلم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لاينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة . وإنما كان ذلك تمشيا مع اتجاهه فى التضييق من حق الشفعة ، وضمانا لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع فى العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له فى الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أماالنص فى المادة ٩٤٥ من القانون المدنى الجديد على حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكما جديدا ، بل هومماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالا محل المشترى فى الريع منذقيام الطلب . إذ اعتباره كذلك ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشترى ، الأمر الذى يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشىء لا مقرر لحق الشفيع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشترى قبل الحكم نهائيا بالشفعة (١) .

٢٢٨ — الحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى القول بأن الحكم بالشفعة منشىء لحق الشفيع : وقبل أن ننظر نظرة تقديرية فى قضاء محكمة النقض الذى استقر على أن الحكم بالشفعة منشىء لحق الشفيع ، تستعرض الحجج التى استندت إليها المحكمة للقول بذلك .

والحجة الرئيسية التى استندت إليها المحكمة ، والتى رددتها فى كثير من المواطن ، هى تفسيرها للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (المطابقة للمادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد) ، وهى تنص على أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع » . فالمشرع لم يرد بهذا النص ، على ما تقول محكمة النقض ، « أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التى قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام . بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (cause juridique) ، لملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة

---

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ .

٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا لملكية من رسا عليه المزاد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدنى اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا لملكية واضع اليد على المنقول . وكلمة سند Titre التي وردت فى هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانونى المنشىء لحق الملكية ، ولم تجىء على معنى دليل الملكية أو حجيتها . ومتى كان حكم الشفعة فى نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها ، فان مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى » (١) .

ثم ترد المحكمة بعد ذلك على جملة من الاعتراضات وجهت إلى ما ذهبت إليه من رأى ، ونلخص هذه الاعتراضات والردود عليها فيما يلى :

أولا — ما جاء فى المادة ١٠ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٦ مدنى جديد) من تقييد حق المشترى فى أن يبنى وأن يغرس فى العين المشفوعة ، وما جاء فى المادة ١٢ من نفس القانون (م ٩٤٧ مدنى جديد) من عدم سريان تصرفات المشترى فى العين المشفوعة فى حق الشفيع إذا صدرت بعد تسجيل طلب الشفعة. فلو كان المشترى قد بقى مالكا حتى صدور الحكم بالشفعة ، كما هو مقتضى ما تذهب إليه محكمة النقض ، لما وردت هذه القيود على حق ملكيته قبل صدور الحكم بالشفعة ما دام هذا الحق يبقى قائما إلى وقت صدور الحكم . وتنكر محكمة النقض أن تكون هذه القيود نتيجة ترتبت على زوال ملكية المشترى بأثر رجعى إذا صدر الحكم بالشفعة ، فان المشرع لم يرد « أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى ، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل

---

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ — وتقول محكمة النقض أيضاً فى هذا الصدد : « وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأى إذ قال — تأسيساً على المادة ١٨ من قانون الشفعة — إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها ، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ ، فان الحق الثانى لا يوجد إلا بقبول المشترى أو القاضى نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقرراً لحق الشفيع فى طلب الأخذ ، منشئاً لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشترى على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩) .

المشترى مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ، ويجعل فى الوقت نفسه الشفيع مالكا تحت شرط توقيفى هو الحكم له بطلبه ، بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ لملك المشترى والموقف لملك الشفيع ، زالت ملكية المشترى واعتبرت كأن لم تكن ، واعتبر الشفيع مالكا منذ إعلان طلبه . وهذا تقدير غير مقبول ، لأن حق الشفيع الذى سيتولد عند البيع هو حق متعلق بعقار jus ad rem لا حق ملكية ، وهو لا يخول صاحبه إلا مداعاة المشترى بدعوى شخصية . ثم إن الأصل فى التصرفات التنجيز ، والتعليق يثبت بعارض الشرط . والتعليق بالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية . وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشترى — الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده — إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى إلى هذا الزوال . أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذى كان علة لها قد ولد حقا لمن قام به سبب من أسباب الشفعة ، فذلك لا يتأتى قانونا »[1] . ثم تبين المحكمة المصدر الذى اشتقت منه هذه الأحكام فتقول إن « الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين (١٠و١٢ من قانون الشفعة السابق) جملة من فقه الحنفية »[2] .

---

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦ .

(٢) وتبين المحكمة ذلك فيما يأتى : « فقد كان الرأى عند أبى يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشترى بهدم البناء وقلع الشجر ، لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافاً إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض . ووجه هذا الرأى أن المشترى لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعدياً ، لأنه إنما غرس وبنى فى ملكه . فاذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبراً عنه ، وجب ألا يترتب على ذلك ضرر . وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما ، لأن الشفيع يأخذ مازاد فى الأرض بقيمته والمشترى قد عوض عنه بهذه القيمة ، وإذا كان فى إلزام الشفيع بأخذ شىء قد لا يرغب فيه بعض ضرر ، فهو أدنى من ضرر المشترى حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهما مقلوعين ، وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل . وكان الرأى عند أبى حنيفة أن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشترى على القلع . ووجه هذا الرأى أن المشترى كان عليه أن يتريث إلى أن يفصل فى أمر الشفعة ، وإذ لم يفعل وبنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره ، لزمه أن يتحمل مايترتب على فعله هذا من ضرر . وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأيين . فأخذ بالثانى فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس بلد الطلب ، لأن المشترى يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه ، فان كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على —

ثانيا – ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدنى جديد) من حاول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع . فيستخلص من هذا الحلول أن المشترى يختفى من الصفقة ويحل محله الشفيع ، وكأن الشفيع لا المشترى هو الذى تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فينشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة . وترد محكمة النقض على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشترى فى وقت سابق على صدور الحكم بالشفعة « لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشترى ، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر من قبل من أن حكم الشفعة منشىء لا مقرر لحق الشفيع ، لأن لازم كونه منشئا ألا تتصل العين المشفوعة بملك الشفيع إلا بعد الحكم . ولما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هى جوهر الحق الذى يحل فيه المشترى ، وكان إسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعا ، فان حلوله فيها

= نفسه . وأخذ بالرأى الأول إذا كان البناء أو الغراس قبل الطلب ، لأنه عسى أن يكون المشترى غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف فى ملكه . كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ماشرع من أحكام للتصرفات القانونية فى هذه العين . إذ المقرر فى الفقه الحنفى أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشترى ، ثبت ملك المشترى فى المبيع ، ولا ترفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة ، وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشترى إذا رغب فى ذلك وأنفذ تلك الرغبة . وهذا الحق لا يحول بين المشترى وبين التصرف فى ملكه . لا فرق فى ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها ، فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها . لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع ، إذ يكون له فى هذه الحال أن يمضى هذه التصرفات وأن يفسخها ، بناء على أن المشترى قد تصرف فيما تعلق به حق غيره ، فلا ينفذ تصرفه منعاً للإضرار بالشفيع . وهذا الذى قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصرى حكمه فى المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ماصدر من المشترى من تصرفات فى العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة ، لأن الشارع ، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب ، كان خليقاً بأن يجعل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفيع فى نقض تصرفات المشترى . ومن هذا يبين أن الفقه الحنفى هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة . ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعى ولا الاستناد ، أى ثبوت الحكم فى الحال مستنداً إلى ما قبله ، إلا فى تصرفات الفضولى إذا أجيزت وغيرها مما لا يدخل فى باب التعليقات ، وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك مخرجه فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشترى والشفيع ، فان القول بأن الشارع المصرى – الذى أخذ هذه الأحكام معلولة بعلاتها الفقهية – قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر =

قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعا أيضا »[1] . ويعنى ذلك أن حلول الشفيع محل المشترى إنما يكون لامنذ إبرام البيع ولامنذ طلب الشفعة ، بل منذ صدور الحكم بالشفعة ، إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشىء حق الشفيع وهو سند ملكيته أى مصدرها .

ثالثا – ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (الفقرة الأخيرة من المادة ٩٤٥ مدنى جديد) من أنه « إذا ظهر من الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . فرجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق يفيد أن الصلة انعقدت بينهما منذ إبرام البيع ، وحل الشفيع محل المشترى فى هذا الوقت. ولو كانت الصلة لم تنعقد بين البائع والشفيع منذ إبرام البيع ولم يحل الشفيع محل المشترى إلا من وقت صدور الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض ، لبقى المشترى فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع من وقت إبرام البيع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة ، ولتلقى الشفيع الملكية عند صدور هذا الحكم من المشترى لا من البائع ، ولكان رجوعه المباشر بضمان الاستحقاق على المشترى لا على البائع . وترد محكمة النقض على ذلك بأن « الشفيع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقا من حقوق المشترى الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشترى نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفى الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشترى مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشترى»[2]

=رجعى، يكون قولا ظاهر الفساد» (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٦ – ص ٢٢٨).

ثم تقول المحكمة أيضاً فى هذا الصدد : «كذلك لاتعارض بين عدم اعتبار المشترى مالكاً إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ماجاء من أحكام فى الفقه الإسلامى خاصاً ببناء المشترى أو غرسه فى العين المشفوع ، لأن هذه الأحكام ليس مبناها عند الحنفية اعتبار المشترى غاصباً ، كما زعم الطاعن فى الوجه الأخير من وجوه الطعن ، بل مبناها اعتبار المشترى حائناً ببنائه أوغرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ – ص ٢٣٠) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

رابعا – ماهو مقرر فى شأن حق الاسترداد وهو مماثل لحق الشفعة ، فالمسترد لحصة شائعة يحل محل المشترى لهذه الحصة منذ إبرام البيع الذى حصل بسببه الاسترداد ، وكذلك الشفيع ينبغى أن يحل محل المشترى منذ إبرام البيع المشفوع فيه ، لا منذ الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأنه إذا كان العمل قد جرى فى فرنسا فى خصوص حق الاسترداد الوراثى بأن يحل المسترد محل المشترى منذ إبرام البيع لا منذ صدور حكم الاسترداد ، « فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع » (١) .

خامسا – ماهو مقرر كمبدأ عام من أن الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ، فكذلك حكم الشفعة يكشف عن حق الشفيع لا ينشئه . وترد المحكمة على ذلك بقولها « أما قول الطاعن بأن اعتبار المشترى مالكا إلى يوم الحكم بالشفعة فيه افتيات على القاعدة التى تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق ، فرده أن الشارع نفسه هو الذى جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراسى عليه المزاد ، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه » (٢) .

سادسا – ما استظهر من أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه الحنفى نفسه من أنها ليست متفقه على أن القضاء بالشفعة للشفيع هو الذى ينشىء حقه فى الشفعة ، وأن الفقه الإسلامى على كل حال لا يقيد القضاء المدنى ، فلا محل للاستناد إلى هذا الفقه فى القول بأن حكم الشفعة منشىء لحق الشفيع كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأن الحكم المطعون فيه والذى رفضت محكمة النقض الطعن فى شأنه « لم يقم قضاءه على رأى الحنفية فيصح النعى عليه بأن هذا الرأى ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدنى ، بل أقام قضاءه على ما استمده استمداد صحيحا من نصوص المادتين ١٨و١٣ من قانون الشفعة » (٣) .

---

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٣) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

سابعا – ما احتج به من أن الشفيع يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، فتأخير تملكه العقار المشفوع فيه إلى وقت صدور الحكم بالشفعة على ماتذهب إليه محكمة النقض يحرمه من ريع العقار من وقت إيداع الثمن إلى وقت صدور الحكم لأنه لا يكون ما لكاللعقار فى هذه الفترة ، فيجتمع عليه الحرمان من الريع والحرمان من استغلال الثمن الذى أودعه خزانة المحكمة . وترد محكمة النقض على ذلك فى عهد قانون الشفعة السابق ، وكان هذا القانون لا يلزم الشفيع بايداع الثمن ، بأن الشفيع لا حق له فى الريع إلا من وقت صدورحكم الشفعة الذى ينشىء حقه ، « ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قدعرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالمشترى بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بإيداعه ، فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه . على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشترى من حقه »[1] . ثم لما صدر التقنين المدنى الجديد يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى ، لم تغير محكمة النقض موقفها ، وإنما عدلت الرد على الاعتراض المتقدم الذكر فى حكمين طبقت فيها أحكام التقنين المدنى الجديد . فقالت فى الحكم الأول : « كما أن ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التى جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قدأفصحت عن رأى المشرع فى اعتبار حكم الشفعة هو المنشىء لملكية الشفيع »[2] . وقالت فى الحكم الثانى : « أما ماأورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، فلم يقصد به تغيير الوضع . وهو لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى

---

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٢) نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ – ص ٨٠٥ .

القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمشيا مع اتجاهه فى التضييق من حق الشفعة وضمانا لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع فى العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له فى الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه الريع ابتداء من تاريخ إيداعه الثمن »[١] .

٢٢٩ ـ نظرة تقديرية للحجج التى استندت إليها محكمة النقض : لاشك فى أن الحكم الصادر من محكمة النقض فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، والذى استخدمنا الأسباب الواردة فيه لبيان الحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى تقرير أن حكم الشفعة منشىء لحق الشفيع[٢] ، هو الحكم الأساسى الذى صدر من المحكمة فى هذه المسألة الهامة . والأحكام التى تلت هذا الحكم إنما تردد الحجج التى وردت فيه أو تلخصها . وحتى الأحكام التى صدرت بعد صدور التقنين المدنى الجديد مطبقة لأحكام هذا التقنين فى الشفعة ، هى أيضا ، كما رأينا[٣] ، لم تعدل عن المبدأ الذى قرره هذا الحكم ، بل والتزمت حججه وصارت هى الأخرى ترددها . ولم تزد عليها إلا الرد على ما استحدثه التقنين المدنى الجديد من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، وإلا استعراض مناقشات اللجنة التى قامت بوضع مشروع نصوص الشفعة فى شأن تحديد الوقت الذى يعتبر فيه الشفيع مالكا وما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص[٤] .

وهذا الحكم الأساسى الذى أصدرته محكمة النقض لاشك فى أنه حكم قوى الأسلوب ، ولكنه يخفى تحت قوة الأسلوب ما يصح أن يكون محلا للنظر من ناحية المنطق القانونى .

فالحجة الرئيسية التى استند إليها هذا الحكم هى ، كما قدمنا[٥] ، تفسيرها للعبارة التى وردت فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق من أن حكم الشفعة

---

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٣٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧١٠ هامش ١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

« يعتبر سندا لملكية الشفيع » . وإلى هذه الحجة نرد أكثر الحجج الأخرى ، فنبدأ بالنظر فيها . ونحن نسلم مع محكمة النقض أن التقنين المدنى الجديد لم يستحدث جديدا فى المسألة التى نحن بصددها ، فلا يزال الوقت الذى يحل فيه الشفيع محل المشترى وتنتقل إليه الملكية فى هذا التقنين هو نفس الوقت الذى حدده لذلك قانون الشفعة السابق ، ولم يغير إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى فى ذلك شيئا . فما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وفى مناقشات اللجنة التى قامت بوضع نصوص الشفعة ليس ، فى نظرنا ، إلا تفسيرا لقانون الشفعة السابق . فنحن فى مناقشتنا للحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى عهد قانون الشفعة السابق ، إنما نناقش حججا يمكن الاستناد إليها فى عهد التقنين المدنى الجديد :

تقول محكمة النقض إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدنى جديد) تنص على أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع » . والمشرع لم يرد بهذا النص « أن يعتبر الحكم حجة أو دليلا على الملكية التى قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام » . ونقف عند هذه النقطة قليلا ، إذ يبدو أن محكمة النقض تريد أن تستبعد معنى لكلمة « السند » لم يخطر على بال أحد أن يسنده لها . فالمادة ٢٣٢ من التقنين المدنى السابق التى تشير إليها المحكمة تنص على أن « الأحكام التى صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف فى الحقوق المدعى بها ولا فى الموضوع ولا فى السبب ولا فى الصفة المتصف بها الأخصام » . فالنص يعرض ، كما نرى ، لحجية الأمر المقضى ، ولم يقل أحد إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق تريد أن تقرر أن حكم الشفعة حجة بما جاء فيه فيكسب بذلك حجية الأمر المقضى . وإنما المعارضون لما ذهبت إليه محكمة النقض يقولون إن لكلمة « السند » معنيين مختلفين ، ليست حجية الأمر المقضى أحدهما . فكثيرا ما تستعمل النصوص كلمة « السند » على المعنى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، فيكون معناها السبب القانونى (cause juridique) . وقد وردت الكلمة فعلا على هذا المعنى ،

كما تقول محكمة النقض ، فى المادة ٦٠٨ من التقنين المدنى السابق (١) وفى المادة ٥٨٧ من تقنين المرافعات السابق (٢) . ولكن كثيرا ما تستعمل النصوص أيضا كلمة « السند » على معنى آخر غير المعنى الذى ذهبت إليه محكمة النقض، فيكون معناها دليل الإثبات أو الدليل المكتوب للحق الذى يتمسك به صاحبه . ولعل هذا المعنى الآخر هو الذى يغلب القصد إليه فى النصوص . استعملت كلمة « السند » بهذا المعنى الآخر فى المواد ١٤٨ و ٢٧٣ و ٥٤٩ من التقنين المدنى السابق ، وهو التقنين الذى كان معمولا به عند صدور حكم محكمة النقض فى سنة ١٩٤٦ . فنصت المادة ١٤٨ من هذا التقنين على أنه « لا يكون الرد مستحقا إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطا لدائن ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقدا صحة الدفع وانعدم سند الدين ، وانما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقى » . ونصت المادة ٢٧٣ من نفس التقنين على أن « تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها . . . » . ونصت المادة ٥٤٩ من نفس التقنين على أنه « لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى . . . ». واستعملت هذه الكلمة بهذا المعنى أيضا فى سلسلة من النصوص متعاقبة ، فنصت المادة ٢١٨ على أنه يجوز الإثبات بالبينة « إذا وجد دليل قطعى على ضياع السند بسبب قهرى » . ونصت المادة ٢١٩ على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده . . » ، ونصت المادة ٢٢٠ على أنه « يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يدالمدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . ويطول بنا القول لو عددنا النصوص

---

(١) وهذا نصها : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، هذا مع مراعاة ما تقدم فى حالتى السرقة والضياع » . ولايفهم وجه استشهاد محكمة النقض بهذا النص إلا إذا رجعنا إلى النص الفرنسى المقابل له ، وهو مايأتى :

" Le seulc possession des meubles fait présumer le titre et la bonne fois. sauf preuve contraire, et sauf ce quiest dit au cas de perte et de vol. "

(٢) وهذا نصها : «حكم البيع يكون حجة للمشترى بملكيته المبيع ، وسنداً للمدين ومن يستحق حقوقه للاستحصال على الثمن . . . » . وهنا أيضاً يجب الرجوع إلى النص الفرنسى المقابل

" Le jugement d'adjudication formera titre pour le débiteur et les ayants droit pour le paiement du prix; il sera titre de propriété pour l'adjudicataire; .... "

التي استعملت فيها كلمة « السند »(١) على هذا المعنى . سواء كان ذلك فى التقنين المدنى السابق أو فى التقنينات الأخرى . ونكتفى بالإشارة على سبيل المثال إلى المادة ٢٣١ والمادة ٢٧٢ من التقنين المدنى السابق ، وإلى المواد ٣٨ و٣٩و١١٣و٣٣٣و٣٤٨و٣٧٠و٤٠٥و٤٠٦و٤٠٧ من التقنين التجارى ، وإلى المواد ٢٨و٣٦و٢٥١و٢٥٤و٣٨٤و٣٩١و٣٩٨و٤١٠و٤١٢و٤١٧و٤٦٣و٥١١ و ٥٣٧ و ٥٤١ من تقنين المرافعات السابق .

فلكلمة « السند » إذن معنيان فى لغة النصوص القانونية ، المعنى الأول هو السبب القانونى المنشئ للحق ، والمعنى الآخر هو دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . فبأى معنى من هذين المعنيين استعملت كلمة « السند » الواردة فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ؟ تقول محكمة النقض إنها استعملت بمعنى السبب القانونى المنشئ لحق الشفيع ، وهذا محتمل . ولكن يوجد أيضا احتمال أن تكون استعملت بمعنى الدليل المثبت لحق الشفيع (٢) ، فما هى القرينة التى تغلب أحد الاحتمالين على الاحتمال الآخر ؟ قد توجد قرينة تقطع فى أن المقصود « بالسند » فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق هو الدليل المثبت أو الدليل المكتوب ، فإن نص هذه المادة يجرى على الوجه الآتى : « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع . وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . فلو كان الضمير فى كلمة « تسجيله » يعود على أقرب اسم إليه ، لعاد على كلمة « السند » . ومعنى ذلك أن السند هو الذى يجب تسجيله . ولقطع ذلك فى أن المقصود بالسند هو الدليل المكتوب لأن الدليل المكتوب هو وحده الذي يصلح للتسجيل . ولكن الضمير قد يكون عائدا على كلمة « الحكم » ،

---

(١) أو كلمة « titre » فى النص الفرنسى للمادة .

(٢) ويقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا المعنى : «أما النص فى المادة ٩٤٤ أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، فيجب حمله على أنه سند قاطع للمنازعة فى ملكية الشفيع ، لا على أنه سند منشئ لهذه الملكية . ووجه هذا القول أن الشفيع يظل بلا سند مثبت لحقه بسبب منازعة المشترى إياه فى أخذ العقار بالشفعة . فكان لا بد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك ، لا لإنشائه» (محمد على عرفة ، فقرة ٣١٣ ص ٥٢٩ – ص ٥٣٠) .

وبخاصة إذا رجعنا إلى النص الفرنسي للمادة (١) ، فيكون الواجب التسجيل هو حكم الشفعة. فلا تقوم القرينة التي أشرنا إليها. وعلينا إذن أن نتلمس مرجحا آخر لتغليب أحد المعنيين . وفي رأينا أنه لا يصح الوقوف عند الألفاظ والتحليل اللغوي لتغليب أحد المعنيين ، بل يجب النظر إلى نصوص الشفعة جملة واحدة واستخلاص المعنى الذي يقصد إليه المشرع من مجموع الحلول العملية التي أوردها . وهنا ننتقل إلى النظر في الحجج الأخرى التي استندت إليها محكمة النقض ، وتتضمنها الردود التي أجابت بها على الاعتراضات التي وجهت إليها .

فالاعتراض الأول الذي وجه إلى محكمة النقض هو أنه لو كان الشفيع لا يملك إلا بعد صدور الحكم بالشفعة الذي هو سند الشفيع بمعنى أنه هو الذي ينشئ حقه كما تقول محكمة النقض . لا قتضى ذلك أن يبقى المشترى مالكا إلى وقت صدور هذا الحكم . فإذا بنى أو غرس في العقار المبيع لكان يبنى أو يغرس في عقار يملكه ، ولو تصرف في هذا العقار لكان متصرفا في ملكه . فلا محل إذن لأن يقيد المشرع حقه في البناء والغرس كما يقيد حق من يبنى أو يغرس في ملك غيره ، ولا أن يقيد حقه في التصرف كما يقيد حق من يتصرف في ملك الغير . وتجيب محكمة النقض على هذا الاعتراض بأنه لا يمكن أن تكون هذه القيود قد ترتبت على زوال ملكية المشترى بأثر رجعي . لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن يكون المشترى مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة وأن يكون الشفيع مالكا تحت شرط توقيفي هو الحكم له بطلبه ، وأن الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق يثبت بعارض الشرط . والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية . وواضح أن القول بزوال ملكية المشترى بأثر رجعي على تقدير أن يكون المشترى مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة لم يخطر ببال المعترضين . بل إن هؤلاء إنما يقولون بأن حكم الشفعة كاشف لا منشئ . ولا يقصدون بتاتا أن يعلقوا

---

(١) وهذا هو النص الفرنسي للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق :

« Le jugement qui fait définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propriété pour le préempteur, il devra être transcrit d'office . »

ملكية المشترى على شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة . وإنما يقصدون أن يقولوا إن حكم الشفعة هو كسائر الأحكام كاشف عن حق الشفيع وإن هذا الحق قد نشأ قبل صدور الحكم بالشفعة ولم يفعل الحكم إلا أن كشف عن وجوده . فدفع الاعتراض بهذا الرد لا يكفى لدحضه . وكان يمكن لمحكمة النقض أن ترد على الاعتراض لو أنها قالت إن تقييد حق المشترى فى البناء والغرس وفى التصرف فى العقار لا يكفى وحده لنفى ملكيته . فقد يكون الشخص مالكا للشئ ويورد القانون قيودا على حريته فى استعماله وفى التصرف فيه [1] . وبذلك ينهدم الاعتراض الأول ، فننتقل إلى الاعتراض الثانى .

وفى هذا الاعتراض الثانى يثار حلول الشفيع محل المشترى ، فيختفى المشترى من الصفقة ، وكأن الشفيع لا المشترى هو الذى تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فينشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة — ولكن محكمة النقض ترد على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشترى إنما يكون ، لا منذ إبرام البيع ، بل منذ صدور الحكم بالشفعة . إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشئ حق الشفيع . وهذا الرد يكفى لدحض الاعتراض ، ولكنه ينطوى على أمر هام لا مناص من التسليم به . فالقول بأن حلول الشفيع

---

(١) وتقول محكمة النقض إن المشرع نقل أحكام الفقه الإسلامى فى تقييد حق المشترى فى البناء والغرس ، وفى تقييد حقه فى التصرف . ولا يبدو أن المشرع قد التزم التزاماً دقيقاً أحكام الفقه الإسلامى فى ذلك ، حتى لو قلنا مع محكمة النقض إنه أخذ برأى أبى يوسف إذا بنى المشترى أو غرس قبل طلب الشفعة وبرأى أبى حنيفة إذا بنى أو غرس بعد طلب الشفعة . فعند أبى يوسف ، على ما تقول محكمة النقض نفسها ، على الشفيع أن يأخذ البناء أو الغراس بقيمته باقياً ، أما فى التشريع المصرى فالشفيع ملزم تبعاً لما يختاره المشترى بأن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس (م ٩٤٦/١ مدنى) . وعند أبى حنيفة الشفيع بالخيار إن شاء أخذ البناء أو الغراس بقيمته مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشترى على القلع . أما فى التشريع المصرى فللشفيع أن يطلب الإزالة ، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس التزم بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغرس (م ٩٤٦/٢ مدنى) .

أما فى تقييد تصرفات المشترى فالفقهاء فى الفقه الإسلامى متفقون على أنه يجوز للشفيع إذا قضى له بالشفعة أن ينقض تصرفات المشترى فى العقار المشفوع فيه ، فى حين أن التشريع المصرى لا يجيز للشفيع نقض هذه التصرفات إطلاقاً ، ولا ينقض منها إلا ما تم بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (م ٩٤٧ مدنى) .

محل المشترى لا يكون إلا منذ صدور الحكم بالشفعة معناه الحتمى هو أن يبقى المشترى مالكا للعقار المبيع إلى وقت صدور هذا الحكم ، ومعناه الحتمى أيضا هو أن الشفيع ، إذ يحل محل المشترى منذ صدور الحكم ، يتلقى ملكية العقار من المشترى لا من البائع فإن المشترى هو المالك وقت صدور الحكم .

وهنا يأتى الاعتراض الثالث ، وهو الاعتراض الحاسم . فنص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدنى جديد) صريح فى أن الشفيع يرجع بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع . فلو أن الشفيع تلقى الملكية من المشترى كما هو مقتضى ما ذهبت إليه محكمة النقض ، لكان الواجب أن يكون المشترى هو الذى يرجع عليه الشفيع بضمان الاستحقاق ، فإذا رجع الشفيع بهذا الضمان على البائع فإنما يكون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة يرفعها الشفيع باسم المشترى . فلننظر ماذا تقول محكمة النقض فى الرد على هذا الاعتراض . تقول إن « الشفيع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقا من حقوق المشترى الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشترى نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ماباع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفى الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشترى مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشترى » . وهذا القول فى حاجة إلى إمعان من النظر . فإذا كانت محكمة النقض تريد ، بقولها إن الشفيع فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يستعمل حقا من حقوق المشترى ، أن الشفيع يستعمل الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم البائع ، فإن هذا القول يتناقض مع صريح النص . فالمشرع يقول « ليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » ، فهو ينفى الرجوع على المشترى . ولو أراد المشرع أن يكون رجوع الشفيع باسم المشترى ، لما منع ذلك من أن الشفيع يرجع رجوعا مباشرا على المشترى إلى جانب رجوعه رجوعا غير مباشر على البائع ، بل لما كان هناك حاجة إلى النص على جواز رجوع الشفيع بالدعوى غير المباشرة فإن القواعد العامة تكفل هذا الرجوع دون حاجة إلى نص . وإذا كانت محكمة النقض تقصد القول إن الشفيع إنما يستعمل حق المشترى الذى انتقل إليه هو عندما حل محل المشترى منذ صدور الحكم بالشفعة

فالشفيع يرجع رجوعا مباشرا على البائع بضمان الاستحقاق كما كان يرجع المشترى ، فإن هذا القول لا يمنع من أن الشفيع يرجع أيضا رجوعا مباشرا على المشترى بضمان الاستحقاق مستمدا هذا الرجوع من أن الملكية انتقلت إليه من المشترى لا من البائع (١) . فى هذا القول أيضا يكون للشفيع أن يرجع رجوعا

---

(١) وهذا التصوير هو الذى أخذ به أحد الفقهاء ، وسار فيه إلى نهايته المنطقية المحتومة . فعنده أن حلول الشفيع محل المشترى إنما يقع منذ صدور الحكم بالشفعة ، فيكون « الحكم بالشفعة – فضلا عن أنه ينقل الملكية إلى الشفيع – يترتب عليه كذلك انتقال جميع حقوق المشترى والتزاماته ، وهذه حالة من الحالات التى تقع فيها حوالة الدين بنص القانون ، وقد نصت عليها المادة ٩٤٤/١ » (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٧ – ص ٢٨٨) . ومعنى ذلك أن المشترى ينقل بحكم القانون ، منذ صدور الحكم بالشفعة ، إلى الشفيع حق ملكيته وجميع حقوقه الشخصية من ضمان استحقاق وضمان عيوب خفية وغيرهما من الحقوق ، عن طريق هذه الحوالة القانونية . فيكون الشفيع خلفاً خاصاً للمشترى ، وقد انتقلت إليه حقوق المشترى بسبب جديد هو الحكم بالشفعة . ويكون هذا الحكم بمثابة شراء جديد صدر من المشترى إلى الشفيع ، ولا فرق بينه وبين الشراء الجديد إلا فى أنه يجرى بحكم القانون لا بحكم الاتفاق ، أما آثاره فتبقى هى آثار الشراء الجديد . ولذلك يقول الأستاذ شفيق شحاته ، وهو منطق فى هذا مع نفسه ، «ويعتبر الحكم (بالشفعة) السبب القانونى لملكية الشفيع ، أى أن الحكم بالشفعة يجعل الشفيع مالكاً بسبب الشفعة لا بسبب الشراء الذى حل فيه الشفيع محل المشترى . ولذلك فإن الشفيع لايتلقى الملك مباشرة عن البائع بل يتلقاه عن المشترى ، الذى يكون قد ملك الشئ ملكية تامة فى الفترة التى تقع ما بين البيع والحكم بالشفعة» (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٦). فإذا كان الشفيع قد ملك حقوق المشترى بشراء جديد منه ، فإنه يكون بمثابة مشتر من المشترى . والمشترى من المشترى يرجع مباشرة بضمان الاستحقاق على البائع ، إذ ينتقل إليه هذا الحق من المشترى باعتباره من توابع المبيع (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٤٤) . ولكن ذلك لايمنعه من الرجوع بضمان الاستحقاق أيضاً على المشترى ، أما هنا فلا يرجع الشفيع على المشترى ، بل هولا يرجع إلا على البائع ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٤ مدنى «وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع» . وإذا كان الشفيع لا يرجع بضمان الاستحقاق على المشترى كما يرجع به على البائع ، فما ذلك إلا لأن المشترى قد اختفى تماماً من الصفقة ، فليس هو الذى نقل الملكية إلى الشفيع ، وليس هو الذى نقل إلى الشفيع ضمان الاستحقاق والحقوق الشخصية الأخرى ، بل انتقلت الملكية رأساً من البائع إلى الشفيع فالتزم البائع بضمان الاستحقاق رأساً نحو الشفيع دون وساطة المشترى . وهذا هو المعنى المقصود من حلول الشفيع محل المشترى ، فالشفيع أخذ مكان المشترى وأصبح كأنه هو المشترى منذ البداية ، وكأن المشترى لم يتدخل بتاتاً فى الصفقة .

مباشرا بضمان الاستحقاق على أى من البائع أو المشترى . ولكن المشرع منع بنص صريح رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشترى . وجعل الرجوع بهذا الضمان على البائع وحده ، إذ يقول النص كما رأينا « فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . وهذا معناه أن المشترى قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محله الشفيع ، وذلك منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة . وهذا ما يناقض مذهب محكمة النقض . فالمحكمة إذن بين أن تخالف نصا صريحا فى القانون ، وبين أن تأخذ به فتنقض مذهبها . والصحيح فى نظرنا أن نص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدنى جديد) هو وحده القاطع فى أن الشفيع يحل محل المشترى منذ إبرام البيع ، فتنعقد الصلة مباشرة بينه وبين البائع ، فيكون له إذن أن يرجع رجوعا مباشرا على البائع دون المشترى بضمان الاستحقاق . وهذا النص هو وحده الذى يغلب أحد الاحتمالين فى تفسير كلمة « السند » التى وردت فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدنى جديد) ، ويصرف معنى هذه الكلمة إلى أن يكون دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب ، لا أن يكون السبب القانونى المنشئ للحق . إذ لو كان معنى كلمة « السند » السبب القانونى المنشئ للحق ، لوجب القول مع محكمة النقض إن حكم الشفعة منشئ لا كاشف ، وإن الشفيع لا يحل محل المشترى إلا منذ صدور هذا الحكم ، وهذا ما نعتقد أننا أثبتنا عكسه . فالشفيع يحل محل المشترى منذ إبرام البيع ، حتى يستطيع أن يرجع رجوعا مباشرا بضمان الاستحقاق على البائع وحده دون المشترى .

فإذا ما انتهينا على هذا النحو إلى أن حكم الشفعة كاشف لا منشئ[1] ، وإلى أن حلول الشفيع محل المشترى يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة ، لم يبق بعد ذلك حائل دون قياس حق الشفعة على حق الاسترداد .

---

(١) ولا محل إذن لما أقرته محكمة النقض من «أن هناك فرقاً بين حق الشفعة وحق التملك بها ، وأنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ ، فإن الحق الثانى لا يوجد إلا بقبول المشترى أو القاضى نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقرراً لحق الشفيع فى طلب الأخذ ، منشئاً لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشترى » . فقد رأينا أن حكم الشفعة كاشف فى الحالتين ، فهو كاشف عن طلب الأخذ ، وكاشف عن أثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشترى .

فالشفيع كالمسترد لحصة شائعة ، كلاهما يحل محل المشترى منذ إبرام البيع ، لا منذ الحكم بالشفعة أو الحكم بالاسترداد . وما حق الاسترداد إلا حق شفعة مقصور على المنقول والمجموع من المال . فهو يماثل حق الشفعة تماما من حيث حلول المسترد محل المشترى . وتقول المادة ٨٣٣/١ مدنى فى هذا الصدد : « ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » . والمجمع عليه فى فرنسا وفى مصر أن حلول المسترد محل المشترى معناه أن المشترى يختفى من الصفقة تماما ، ويعتبر المسترد كأنه هو الذى اشترى الحصة الشائعة مباشرة من البائع ، وكأن المشترى لم يتدخل بتاتا فى الصفقة . وهذا الذى تقرر اجماعا فى حق الاسترداد يجب أن يكون مقررا أيضا فى حق الشفعة . ولا يحول دون ذلك ما تقوله محكمة النقض من أن « الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع » ، فإن حكم الشفعة كما رأينا لا ينشئ حق الشفيع بل يكشف عنه ، كما يكشف عن حق المسترد حكم الاسترداد .

ولم يبق بعد ذلك من حجج محكمة النقض ما يستوقفنا إلا ما استظهرته من أن حكم الشفعة يخالف المبدأ العام فى الأحكام من أنها كاشفة لا منشئة . وتعلل ذلك بأن « الشارع نفسه هو الذى جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراسى عليه المزاد ، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لامعدى عنه » . وقد رأينا أن النص الذى تستند إليه محكمة النقض لا يسعفها فى القول بأن الشارع نفسه هو الذى جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع . ومن ثم لا محل لاستثناء حكم الشفعة من المبدأ العام الذى يقضى بأن الأحكام كاشفة لا منشئة ، فحكم الشفعة لا يخرج على هذا المبدأ إذ هو كاشف لا منشئ .

٢٣٠ – موقف الفقه الإسلامى من المسألة : ليس هناك اتفاق فى الفقه الإسلامى على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع . لا فى المذهب الحنفى ولا فى المذاهب الأخرى .

ففى المذهب الحنفى ، عند أبى حنيفة ، إذا أتى الشفيع بطلب المواثبة وبطلب الإشهاد والتقرير صحيحين ، استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه . وهذه هى أيضا إحدى الروايتين عن أبى

يوسف ، وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى ، كذا فى الهداية [١] . ووجه قول أبى حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين ، والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد ، لأن تأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون [٢] . وذكر الكرخى أن القاضى إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع والمشترى فى المشهور من قولهم . وروى عن أبى يوسف أنه لا ينتقض. واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشترى وهذا قول محمد ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من البائع إيجابان ، أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع . فإذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذى أضيف إليه ، وانتقض ما أضيف إلى المشترى ، سواء قبل المشترى الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل . ووجه قول من قال بالتحول لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض تعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه من شرائط وجوب الشفعة ، فإذا انتقض لم تجب ، فتعذر الأخذ . ووجه قول من قال بالانتقاض لا بالتحول أن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشترى . ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشترى ، لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغى أن يعود الشراء . ولأنها لو تحولت لصار المشترى وكيلا للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشترى قد رآها قبل ذلك ورضى بها ، لأن خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه . وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل ، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ، يأخذ بثمن حال ، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذها بثمن مؤجل . وكذا لو اشتراها على أن البائع برئ من كل عيب بها عند البيع ، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا ، فله أن يردها على من أخذها منه . ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع ، لما ثبت له حق الرد ، كما لم يثبت للمشترى . فدلت هذه المسائل على أن شراء المشترى ينتقض ؛ ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد

---

(١) أنظر الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ١٩ .

إيجاب مبتدأ مضاف إليه . وقد خرج الجواب عن قولهم إن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه ، بل بعقد مبتدأ بين البائع والشفيع على ماسبق تقريره (١) . أما إذا كان المبيع فى يد المشترى ، فأخذه الشفيع منه ودفع الثمن إليه ، فالبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على المشترى ، فيجعل كأنه اشترى منه (٢) .

---

(١) أنظر البدائع ٥ ص ٢٣ – ص ٢٤ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ٢٤ – ويقرر الأستاذ على الخفيف مذهب الحنفية على الوجه الآتى: «إذا بيع العقار أدخل فى ملك المشترى بمجرد عقد البيع ، دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع . فإذا استحقه شفيعه بالشفعة لم يتملكه بمجرد طلبه ، لأن حق الشفعة ضعيف فلا يقوى بالمطالبة على رفع ملك ثابت للمشترى بعقده . ولذا لايتملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين ، الأول تسلمه من المشترى عن رضا منه فيتملكه من وقت تسلمه ، الثانى قضاء القاضى له به فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه فعلا . وذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة ، حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه . فأما ماتملكه بأخذه له عن رضا ، فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشترى بما قام عليه ، والشراء عقد ناقل للملكية . وأما تملكه بقضاء القاضى ، فذلك لايكون إلا عند إباء المشترى ، وإباؤه فى هذه الحالة ظلم ، وقد نصب القاضى لرفع الظلم . فيقوم القاضى حينئذ مقامه فى هذه المعاوضة دفعاً لظلمه ، ويملكه الشفيع بما قام به على المشترى ، ويدخل الثمن فى ملك المشترى حينئذ جبراً عنه ، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه فيه . وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه فى هذه الحالة أيضاً عن طريق شرائه من القاضى ، أوكأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشترى . وهذا بين إذا كان المشترى قد تسلم المبيع من بائعه ، ولكن إذا حصل القضاء والمبيع لا يزال فى يد البائع فإن هذا التوجيه لايظهر . ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع فى هذه الحالة يصبح به البائع عاجزاً عن تسليمه إلى المشترى ، وذلك مفسد للبيع . وإذا فسد البيع الصادر للمشترى زال ملكه ، وعند ذلك لايصح أن يكون مملكاً ، ولاينوب عنه القاضى فى التمليك . ولذا قالوا إن هذا القضاء فى هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة للمشترى ، ويجعل الإيجاب الصادر من البائع كأنه موجه إلى الشفيع ، وكأن الشفيع قد قبله ، وبذلك يعد الشفيع فى هذه الحال مشترياً من البائع مباشرة لا من المشترى . وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشترياً للعقار المشفوع فيه ، إما من مشتريه وإما من بائعه . ولذلك يثبت له من الخيارات مايثبت للمشترى ، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط لأنه يتنافى مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة . ثم لايتقيد فيما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقسيطه أو بخيار فسخ ونحوه ، لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر . فإن وجد بالمبيع عيباً رده على من تسلمه منه من بائع أو مشتر . وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه ، فيرده إذا أراد على من تسلمه منه . فإن رده على بائعه لأنه تسلم منه ، كان المشترى مخيراً حينئذ فى إمضاء صفقته أو عدم إمضائها دون توقف على أرضاء البائع . وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه ، كان كل من بائعه ومشتريه ملزماً بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط فى عقد البيع الذى تم بينهما وكأنه لم ينقض» (على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١١٩ – ص ١٢٠) .

وفى المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، ذهب مالك إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله أخذته بالشفعة وما فى معناه ، دون اشتراط قضاء من القاضى أو رضاء من المشترى متى كان عالما بالثمن . لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع . وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله . وقال أحمد يملكه بذلك الطلب ، وإن لم يعلم الثمن . وقال الشافعى يملكه به ، بشرط أن يدفع الثمن إلى المشترى . وجه قولهم أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشترى رضى بذلك أو أبى ، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه ، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضى [1] .

ويخلص من كل ذلك أن الحنفية فى أكثر أقوالهم يذهبون إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت رضاء المشترى أو من وقت قضاء القاضى ، فيكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع . ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب المواثبة وطلب الإشهاد والتقرير ، دون حاجة إلى قضاء القاضى ، وهذه هى إحدى الروايتين عن أبى يوسف . فلا يكون قضاء القاضى إذن فى هذا القول ضروريا لاستقرار حق الشفيع ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة هو الذى ينشئ حق الشفيع . وفى المذاهب الثلاثة الأخرى لا يتوقف تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه على رضاء المشترى أو على قضاء القاضى ، بل يتملكه قبل ذلك ، بمجرد طلب الشفعة عند أحمد ، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك ، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشترى عند الشافعى . ففى هذه المذاهب الثلاثة إذن لا يكون قضاء القاضى ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع .

٢٣١ — حلول الشفيع محل المشترى من وقت البيع هو الذى يتفق مع طبيعة الشفعة ومع الحلول العملية فيها : والآن بعد أن أثبتنا أنه لا يمكن الاستناد إلى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدنى جديد) ، وهى التى تقرر أن حكم الشفعة « يعتبر سندا لملكية الشفيع » ، للقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع وبأن حلول الشفيع محل المشترى يحصل تبعا لذلك من وقت صدور

(١) أنظر على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١٢٠ – ص ١٢١ .

هذا الحكم ، نكون قد أزحنا الحجة الرئيسية التي يعتمد عليها أصحاب هذا القول . ولا يستطيع أصحاب هذا القول ، من جهة أخرى ، الاستناد إلى الفقه الإسلامي . فقد رأينا أن هذا الفقه قد اختلفت فيه الآراء ، وإذا كان المذهب الحنفي يقول في بعض آرائه إن الشفيع يتملك من وقت القضاء له بالشفعة ، فإن إمام هذا المذهب ، ويتابعه في ذلك فقهاء آخرون ، يقول إن حق الشفيع يستقر قبل القضاء له بالشفعة ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فجمعة على أن الشفيع يتملك قبل القضاء له بالشفعة .

لم يبق إذن ، وقد استبعدنا نص المادة ١٨ من قانون الشفعة (م ٩٤٤ مدني جديد) واستبعدنا الفقه الإسلامي ، إلا أن نرجع إلى المبادئ العامة في الشفعة ، وإلى الحلول العملية التي أوردها المشرع والتي يكون من شأنها أن تنير لنا الطريق ، مستأنسين بالأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد .

أما المبادئ العامة في الشفعة فترجع هنا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة. وقد عرضنا لهذا التكييف غير مرة ، وقررنا [١] أن الشفعة واقعة مركبة من عناصر ثلاثة ، الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . فمتى تكاملت هذه العناصر ، فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره ، وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين المشتري والبائع منذ تمام هذا البيع . فالشفعة إذن لا تحدث أثرها إلا عند إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . ولكن متى أحدثت هذا الأثر فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته . وعلى ذلك يجب ، كما استبعدنا القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة ، أن نستبعد أيضا أن يكون هذا الحلول من وقت رفع دعوى الشفعة ، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، أو من وقت إعلان هذه الرغبة . وهذه أقوال ثلاثة أخرى لكل قول منها أنصار في الفقه وفي القضاء وقد سبقت الإشارة إليها[٢] . صحيح أنه يجب أن نقف عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، ولكن لنقرر أن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١ وفقرة ٢٢٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٦ .

الشفعة قد تكاملت عناصرها وقامت سببا قانونيا لحلول الشفيع محل المشترى ، على أن يكون هذا الحلول واقعا من وقت إبرام البيع لا من وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، بحيث يختفى شخص المشترى من الصفقة فلا يتوسط ما بين البائع والشفيع ، وتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وكما أن الحكم بالشفعة إنما يكشف عن ثبوت حق الشفيع وعن أن الشفيع قد حل محل المشترى ، كذلك إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إذا هو أنشأ حق الشفيع فإن ذلك معناه أنه أنشأ حق الشفيع فى الحلول محل المشترى منذ إبرام البيع . فالشفعة تتم سببا قانونيا ، لإحلال الشفيع محل المشترى ، عند إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . ولكن متى حل الشفيع محل المشترى فإن حلوله هذا يحصل منذ إبرام البيع ، وتعتبر الصفقة قد انعقدت مباشرة لا بين البائع والمشترى بل بين البائع والشفيع .

ويتأكد ذلك إذا رجعنا إلى الحلول العملية التى أوردها المشرع ومن شأنها أن تنير لنا الطريق . فقد رأينا أن المادة ٩٤٥ مدنى تنص صراحة على أن الشفيع لا يرجع فى ضمان الاستحقاق على المشترى ، وإنما يرجع مباشرة فى هذا الضمان على البائع . ولا يتأتى ذلك إذا بقى المشترى فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع ، فتنتقل الملكية أولا بالبيع من البائع إلى المشترى ، ثم تنتقل بعد ذلك بالشفعة من المشترى إلى الشفيع . إذ لو كان الأمر على هذا النحو ، لوجب أن يرجع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشترى فهو الذى نقل الملكية إلى الشفيع ؛ ولو رجع على البائع لما كان له أن يرجع إلا باسم المشترى عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أو يرجع عليه رجوعا مباشرا ولكن هذا الرجوع لا يمنعه من أن يرجع أيضا رجوعا مباشرا على المشترى . ويقاس على ضمان الاستحقاق سائر التزامات البائع ، من الالتزام بنقل الملكية والالتزام بتسليم المبيع والالتزام بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها يرجع فيها الشفيع مباشرة على البائع لا على المشترى كما هى الحال فى ضمان الاستحقاق . وقد سبق أن قررنا أن نص المادة ٩٤٥ مدنى ، الذى يجعل الشفيع لا يرجع بضمان الاستحقاق إلا على البائع ، هو النص الحاسم فى المسألة التى نحن بصددها . فهذا النص يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٢٢٥ .

محل المشترى منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشترى يختفى من الصفقة لتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فلا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع بحيث لا يقع حلول الشفيع محل المشترى إلا منذ صدور هذا الحكم ، بل هو حلول يقع قبل ذلك ومنذ إبرام البيع [1] .

ونستأنس بعد ذلك ، فيما قدمناه ، بالأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد. وأول ما نستأنس به هو ما دار من مناقشات حول هذه المسألة فى اللجنة التى قامت بوضع نصوص المشروع التمهيدى فى الشفعة . وأول قول صريح فى هذه المسألة نقرأه فى محضر جلسة ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ من جلسات اللجنة ، إذ يقول أحد الأعضاء : « فالواقع أن الشفيع مالك منذ تاريخ البيع ، غير أن ملكيته هذه مشروطة باستعمال حقه فى الشفعة فى الميعاد القانونى والاعتراف بحقه هذا فيما بعد باسناد ملك[illegible]ر إليه . فالشفيع إذن يتلقى حقه من البائع مباشرة ، بدليل أنه يحل بحكم القانون محل المشترى . ويكتسب الثمار ابتداء من تاريخ البيع ، كما يدفع فوائد الثمن من نفس التاريخ . فضلا عن أن الشفيع يعد هو المالك الوحيد منذ البيع ، ولو أن ملكيته فى الحقيقة معلقة على شرط إذ أن حقه فى الملكية رهين بقيامه بالإجراءات التى يتطلبها القانون . إلا أنه مالك يتلقى حقه مباشرة من البائع ، مما يترتب عليه أن كل بيع يحصل من المشترى ابتداء من اللحظة التى يستعمل فيها الشفيع حقه فى الشفعة لا يحتج به عليه ولا يسرى حقه » [2] . وهذا القول لا غبار عليه [3] ، ولكنه بطبيعة الحال إنما يعبر عن الرأى الشخصى للعضو الذى قاله ، لا عن رأى اللجنة [4] .

---

(١) أنظر آنفاً ص ٧٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ فى الهامش .

(٣) لولا ماجاء فيه من أن ملكية الشفيع معلقة على شرط ، فالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية ، وملكية الشفيع ملكية منجزة . وحكم الشفعة ليس شرطاً تعلق عليه هذه الملكية ، وإنما هو كاشف عن هذه الملكية المنجزة (أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩) .

(٤) وقد اعترض فعلا عضو آخر فى اللجنة على هذا القول ، إذ ذكر أنه «يؤدى إلى قلب نظام الشفعة القائم رأساً على عقب ، إذ يجب ألا يغرب عن البال أنه إلى جانب حق الشفيع توجد حقوق أخرى اكتسبها الغير حسن النية ولا يمكن إغفالها ، ولهذا الغير أن يكسب حقوقاً على العقار إلى اللحظة التى يتم فيها تسجيل طلب الشفعة . وكل حق يرتبه المشترى فى الفترة الواقعة بين البيع الأول وتسجيل طلب الشفعة هو حق يكتسبه الغير اكتساباً صحيحاً ، ومن ثم يكون نافذاً فى حق الشفيع ويحتج به عليه» . فرد العضو صاحب القول الأول بأن هذه النتائج «إنما تترتب على نظام التسجيل ، ولا علاقة لها بمادة الشفعة التى تنفرد بطبيعة خاصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ – ص ٤٠١ فى الهامش) .

ولما تفرغت اللجنة لمناقشة المسألة . انقسم الأعضاء فيما أدلوا به من آراء ، وقرنوا مسألة تحديد وقت انتقال الملكية بالوقت الذى يكسب فيه الشفيع الحق فى الثمار ، فهو يكسب الثمار من الوقت الذى يصبح فيه مالكا للعقار المشفوع فيه . ورأى أحد الأعضاء أن يحدد الوقت بتاريخ البيع . ورأى أعضاء آخرون أن يكون هذا الوقت هو وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . ولم ير إلا عضو واحد أن يكون حكم الشفعة منشئا على الوجه الذى ذهبت إليه محكمة النقض وأن يتأخر انتقال الملكية إلى الشفيع إلى وقت صدور هذا الحكم . ولما لم تستطع اللجنة الاتفاق على رأى (١) ، عقب أحد الأعضاء « بأن الموضوع

---

(١) وننقل هنا أهم ماجاء فى محضر جلسة ١١ مارس سنة ١٩٣٨ فى هذا الصدد : «طلب الرئيس من الأعضاء تصفية النقطة الباقية فى باب الشفعة ، وهى تحديد الوقت الذى يصبح الشفيع ابتداء منه مالكاً للعقار المشفوع ، فهل يصبح الشفيع مالكاً من يوم حصول البيع ، أم من يوم إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، أم من تاريخ تسجيل هذه الرغبة ، أم من يوم موافقة المشفوع ضده على طلب الشفعة ، أم من تاريخ الحكم الصادر بالأحقية فى الشفعة ؟ فقال أحد الأعضاء : «إن النصوص التى أقرتها اللجنة قد تناولت مختلف العلاقات فى مادة الشفعة . أما معرفة الوقت الذى يصبح الشفيع مالكاً ابتداء منه فلا جدوى من بحثه ، إلا إذا أريد وضع نص خاص لتحديد ذلك الوقت . فإذا لم يكن هدف اللجنة وضع هذا النص ، فإن من العبث مناقشة مختلف الآراء التى أبديت فى هذا الصدد» . وقال عضو آخر : «إن النصوص التى أقرتها اللجنة كفيلة بتنظيم علاقة الشفيع بالغير ، ولكنها قاصرة عن علاج العلاقة بين الشفيع والمشفوع ضده . لهذا يحسن وضع نص صريح قاطع فى تحديد الوقت الذى يصبح الشفيع ابتداء منه مالكاً للعقار الذى شفع فيه وذلك لوضع حد لاختلاف القضاء ولتباين وجهات النظر فى هذه المسألة . وأضاف أنه يرى أن الشفيع يعتبر مالكاً ابتداء من التاريخ الذى يعلن فيه رغبته فى أخذ العقار بالشفعة أى من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة ، لأن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الحق فى الشفعة إنما يقر للشفيع بحق يرجع إلى اللحظة التى استعمل فيها هذا الحق ، ويمكن إدماج هذا المبدأ فى تعريف حق الشفعة الذى نصت عليه المادة الأولى » . ثم اقترح أحد الأعضاء الاقتصار «على وضع نص يكسب الشفيع الحق فى الثمار ويلزمه بفوائد الثمن ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة . فتساءل الرئيس عما إذا كان هناك محل للنص على التزامه بالفوائد بالنسبة فقط إلى الجزء من الثمن الذى لم يقم بإيداعه» . وعقب أحد الأعضاء بأن الأخذ بالنص المقترح « معناه أن العقار المشفوع فيه سيتناوله ملاك ثلاثة على التوالى ، هم البائع والمشترى من تاريخ شرائه والشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة ، الأمر الذى يناقض المبادئ المقررة فى الشفعة والتى تقضى بأن الشفيع يحل قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته فيما عدا الانتفاع بالأجل الذى هو معلق على رضاء البائع . واقترح لذلك النص على أن يكون للشفيع الحق فى الثمار ابتداء من تاريخ البيع . ويأخذ الأصوات لم توافق اللجنة على هذا الاقتراح» . وقال أحد الأعضاء . «إن الرأى =

الوحيد الذى يتعين علاجه بنص إنما هو مسألة الثمار وفوائد الثمن . وأن النص الواجب وضعه يجب أن يكون الغرض منه وضع حل لذلك . وطلب أخذ الرأى فى هذه النقطة . فوافقت اللجنة بالأغلبية على هذا الاقتراح ، وقررت أن ينص فى المادة الواجب وضعها على أن الشفيع يتملك الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة »[1] . وعهدت اللجنة إلى أحد الأعضاء بصياغة هذا النص ، ولكن يظهر أن اللجنة حلت قبل أن يعرض النص عليها .

ولم يتضمن المشروع التمهيدى نصا فى هذا الخصوص . ولكن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع جاء فيها ما يأتى : « هذا وقد تناقشت اللجنة فى جلستها الأخيرة التى عقدتها للنظر فى نصوص الشفعة (الجلسة الثانية عشرة) فى إضافة نص يقضى بأن الغلة تكون للشفيع من وقت إعلانه الأخذ بالشفعة . وعليه من ذلك الوقت أيضا فوائد ما لم يودعه من الثمن فى خزينة المحكمة . وقد اقترح

= الذى أخذت به محكمة النقض هو فى رأيه مخالف لنصوص ، وإن هناك حلا فى النهاية لاعتبار الشفيع مالكاً ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة » . وشرح هذا العضو وجهة نظره قائلا : « ليس صحيحاً أن يقال ؟ كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء ، إن البيع يزول ويفسخ ويدع مكانه للشفعة التى تحل تماماً محل العقد الأول وتبطله . ذلك أن البيع قد تم صحيحاً ولم يكن معلقاً على شرط موقف أو شرط فاسخ ، وترتب عليه انتقال الملكية انتقالا صحيحاً من يوم تسجيله ، أى أنه أنشأ مركزاً قانونياً نهائياً طالما أن حق الشفعة لم يستعمل ، بحيث يملك المشترى كامل الحرية فى التصرف فى العقار ببيعه من جديد أو ترتيب حقوق للغير عليه فالمشترى يصبح بدوره مالكاً ، وهو الذى ترفع عليه دعوى الشفعة . . وللمشترى أيضاً أن يرتب للغير حقوقاً عينية على العقار الذى اشتراه ، وأن يقبض ريع هذا العقار الذى يباشر عليه كافة الحقوق التى للمالك . لهذا يتعذر أن يلغى مثل هذا المركز القانونى الذى لايمكن المساس به إلا فى المستقبل فقط ، ابتداء من تاريخ طلب الشفعة بالطريق القانونى وتسجيله . فالبحث ينحصر إذن فى معرفة ما إذا كانت الملكية تنتقل إلى الشفيع من يوم طلب الشفعة أو من يوم تسجيل هذا الطلب ، أو تنتقل فقط من يوم قبول المشفوع ضده أو من يوم صدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة . والواقع أننا بصدد مركز جديد غير طبيعى يتعلق بحق اختيارى نتيجة وقائع قانونية مترتبة بين الغير لم يشترك فيها ذلك الشخص الذى قد يستفيد منها ، ولاتتحقق هذه الاستفادة إلا باستعمال هذه الرخصة استعمالا صحيحاً ، إذ تتحول الرخصة إلى حق باتفاق ذوى الشأن على الاعتراف بها أو بصدور حكم يؤيدها . فهذا الاتفاق أو هذا الحكم يجب أن يكون هو الفيصل فى تحديد تاريخ انتقال الحقوق» . ولما لم يجد هذا الرأى استجابة من اللجنة اقترح أحد الأعضاء أن يوضع نص يقتصر على علاج مسألة الثمار ، فوافقت اللجنة بالأغلبية على وضع هذا النص بحيث يقرر أن يتملك الشفيع الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٣ – ص ٤٣٥ فى الهامش) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٤ – ص ٤٣٥ فى الهامش .

أحد الأعضاء فى لجنة فرعية نصا بهذا المعنى ، ولكن اللجنة لم تناقشه » . ثم أضافت المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « والرأى فى ذلك أن الشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشترى كأنه لم يملك أصلا . (فإذا) استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة ، فهو يتملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت . وما دام قد تملك الثمار ، فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك . وللمشترى أن يطالب بالفوائد من الوقت الذى لا يتملك فيه الثمار »[1] .

ويتبين مما أوردناه من مناقشات اللجنة ومن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن اللجنة لم تكن فى صف محكمة النقض تقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع ، وبأن الشفيع يحل محل المشترى من وقت صدور هذا الحكم ، مع أنها هى التى أقرت نص المادة ٩٤٤ مدنى القاضى بأن حكم الشفعة « يعتبر سندا لملكية الشفيع » . ولم يفهم أحد من الأعضاء أن المقصود بالسند هنا هو السبب القانونى المنشئ لحق الشفيع كما ذهبت محكمة النقض ، وإلا لما كان هناك محل لأن تتناقش اللجنة طويلا فى تحديد الوقت الذى ينشأ فيه حق الشفيع فلا تصل إلى قرار فى ذلك ، مع وجود نص صريح أمامها يحدد هذا الوقت بتاريخ صدور حكم الشفعة إن صح تفسير محكمة النقض للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق وللمادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد على الوجه الذى ذهبت إليه . وإذا كانت اللجنة قد أقرت ، من حيث المبدأ ، أن تكون الثمار للشفيع من وقت إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، فإن هذا لا يعنى حتما أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت هذا الإعلان فقط . فإنه يمكن أن يحل الشفيع محل المشترى من وقت البيع ، ومع ذلك لا تكون الثمار له إلا من وقت إعلانه المشترى برغبته فى الأخذ بالشفعة ، إذ يتملك المشترى ، وهو حسن النية قبل إعلانه بهذه الرغبة ، الثمار بالحيازة . بل إن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تضمنت رأيا صريحا فى أن الشفيع « يملك من وقت البيع الأول ، ويعتبر المشترى كأنه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠ .

لم تملك أصلا » . صحيح . كما تقول محكمة النقض[1] . أن هذا الرأى هو رأى شخصى لواضع المذكرة . ولكن هذا الرأى . الذى ضمناه المذكرة الإيضاحية التى قمنا بوضعها ، لا يتناقض مع نص المادة ٩٤٤ مدنى على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض . فكل ما تقوله المادة ٩٤٤ مدنى هو أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع . وليس فى هذا ما يتعارض مع القول بأن الشفيع يحل محل المشترى من وقت البيع . وقد بسطنا تفصيلا فيما تقدم أن حكم الشفعة ليس منشئا لحق الشفيع بل هو كاشف عنه . وأن هذا الحكم إذا اعتبر سندا لملكية الشفيع فإن معنى السند هنا ليس هو السبب القانونى المنشىء ، بل معناه أنه دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . هذا إلى أن حلول الشفيع محل المشترى من وقت إبرام البيع هو الذى تمليه المبادىء العامة . ويفرضه التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة . وتنطق به الحلول العملية التى وضعها المشرع .

٢٣٢ - **الأهمية العملية لرأى محكمة النقض تكاد تكون محصورة فى مسألة الثمار** : على أن المشرع فى وضعه لنصوص الشفعة قد تكفل بوضع الحلول العملية للمسائل الخاصة بعلاقة الشفيع بالبائع ، وبعلاقته بالمشترى . وبعلاقته بالغير ، على الوجه الذى سنبسطه فيما يلى . فلم تعد هناك أهمية عملية كبيرة للقول بأن الشفيع يحل محل المشترى من وقت صدور حكم الشفعة أو من وقت البيع . وتكاد تنحصر هذه الأهمية ، بعد الحلول العملية التى وضعها المشرع ، فى مسألة الثمار . وهى المسألة التى كاد المشرع أن يضع لها هى الأخرى نصا ولكنه لم يتمكن من تحقيق بغيته . وسنرى أن الخلاف إنما يثور فى شأن هذه المسألة . ولم تر محكمة النقض حاجة لتقرير أن حكم الشفعة منشىء إلا فى صددها . أما بقية المسائل فقد وضع المشرع لها . كما قدمنا ، حلولا مستقرة ثابتة ، ولا يكاد يثور فى شأنها أى خلاف .

ونفصل الآن ما أجملناه .

---

(١) انظر آنفاً ص ٧١٠ هامش ١ .

المطلب الثاني

علاقة الشفيع بالبائع وبالمشترى وبالغير

§ ١ - علاقة الشفيع بالبائع

٢٣٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٥ مدنى على ما يأتى :

١ - « يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته » .

٢ - « وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » .

٣ - « وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة . فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع »[١] .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ١٣[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبي م ٩٤٩ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٢ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٣[٣] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٥) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٣ : يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق ، على أن المشترى إذا استحصل على تأجيل الثمن لاينتفع الشفيع من هذا التأجيل إلا برضاء البائع . وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لامقابل .

التقنين المدنى الليبي م ٩٤٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٤٢ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٣ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يعتبر الشفيع أنه قد اشترى من المشترى ، ويكون للشفعة بينهما مفعول البيع نفسه ولا يحق للشفيع الاستفادة من الأجل المنصوص عليه فى العقد لمصلحة المشترى فى دفع الثمن ، إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التى تراها لازمة . وفيما عدا الأجل المنصوص عليه فى العقد . لا يجوز للمحكمة -

ويخلص من هذا النص أنه متى ثبت للشفيع حقه فى الشفعة ، رضاء أو قضاء ، تحول البيع بين أن يكون بين البائع والمشترى إلى أن يكون بين البائع والشفيع . ويعتبر الشفيع هو المشترى منذ البداية ، إذ أنه قد حل محل المشترى فى هذا البيع . ويختفى شخص المشترى من الصفقة ، ولا يتوسط بين البائع والشفيع . ولا يعتبر أن هناك بيعا أولا انعقد بين البائع والمشترى ، ثم أعقبه بيع ثان انعقد بين المشترى والشفيع ، فباع البائع للمشترى ثم باع المشترى للشفيع . بل هو بيع واحد انعقد بين البائع والشفيع فقامت بينهما صلة مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما قدمناه أن العلاقة ما بين الشفيع والبائع يحددها عقد البيع وقد أصبح فيه الشفيع مشتريا ، ويحل قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته كما يقول النص (م ٩٤٥ / ١ مدنى) . ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع ، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشترى[١] .

= أن تمنح الشفيع مهلة للدفع . (وقانون الملكية العقارية اللبنانى يختلف عن التقنين المصرى فى أن القانون الأول يجعل الشفيع مشترياً من المشترى لا من البائع ، لا مشترياً من البائع رأساً كما هو الأمر فى التقنين المصرى . ويختلف كذلك فى أن للمحكمة أن تستبقى لمصلحة الشفيع الأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن على أن يقدم الشفيع ضماناً ، وفى التقنين المصرى لا ينتفع الشفيع بالأجل إلا برضاء البائع) .

(١) وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى ، بالرغم من قضائها بأن حلول الشفيع محل المشترى إنما يقع عند صدور حكم الشفعة إذا أن هذا الحكم فى رأيها منشىء لا كاشف . فقضت بأن الشفعة فى نظر القانون هى تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشترى فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلته فى تلك الحقوق بالشفيع . فهى عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقى ضرورى فيها ، حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع فى حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض . ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣ د) . وقضت أيضاً بأنه يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشترى فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلته فى تلك الحقوق بالشفيع (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) .

والتزامات البائع هى نقل ملكية المبيع ، والتسليم ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . والتزامات المشترى هى دفع الثمن والفوائد إذا كان لها مقتض ، وتسلم المبيع . فنستعرض هذه المسائل على التعاقب .

٢٣٤ – التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع : يصبح البائع مدينا بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . ولما كانت ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإن الشفيع يسجل الحكم الصادر بثبوت حقه فى الشفعة على النحو الذى قدمناه[1] ، فتنتقل إليه الملكية رأسا من البائع . ويقوم مكتب الشهر المختص بالتأشير على هامش تسجيل إعلان الرغبة بما يفيد صدور هذا الحكم النهائى ، وكذلك يتولى المكتب إجراء التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل عقد البيع الذى صدر أولا من البائع إلى المشترى إذا كان المشترى قد قام بتسجيل هذا العقد[2] .

أما إذا تمت الشفعة بالتراضى ، وكان عقد البيع الصادر إلى المشترى قد تم تسجيله ، فإنه يكفى فى هذه الحالة أن يوقع المشترى إقرارا بتسليمه الشفعة للشفيع ، ويكون هذا الإقرار موثقا أو مصدقا على التوقيع فيه . وتتأكد مأمورية الشهر من قيام الشفيع بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، لتستوثق من أن هذا الإقرار يعتبر استعمالا لحق الشفعة ، وليس ببيع جديد صادر من المشترى إلى الشفيع . ثم يقدم الإقرار إلى مكتب الشهر المختص لتسجيله ، والتأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد البيع وعلى هامش تسجيل إعلان الرغبة . فإذا كان عقد البيع الصادر إلى المشترى لم يسجل ، فإن الإقرار فى هذه الحالة يجب أن يكون موقعا من البائع والمشترى والشفيع ، ويكون موثقا أو مصدقا على التوقيعات فيه . ويجوز أن يحرر عقد بيع من البائع رأسا للشفيع ، ولكن يجب أن يوقعه معهما المشترى إثباتا لتسليمه بالشفعة . ويكون عقد البيع موثقا أو مصدقا على التوقيعات فيه . ويسجل الإقرار أو عقد البيع ، ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل إعلان الرغبة ، على النحو الذى سبق بيانه[3] . وإذا وقع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٢) محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٢٤٩ .

(٣) أنظر فى ذلك محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٢٥٠ – ص ٢٥١ .

المشترى الإقرار أو عقد البيع . وأبى بعد ذلك أو أبى البائع القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل كأن امتنع أحدهما عن التصديق على امضائه ، جاز للشفيع أن يرفع دعوى بصحة الإقرار بالشفعة من جانب المشترى على كل من المشترى والبائع . فإذا حصل على حكم بذلك سجله فتنتقل إليه الملكية [1] .

فإذا سجل الشفيع حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشترى على الوجه الذى سبق بيانه . وانتقلت إليه الملكية . فإنها تنتقل من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . فالملكية إذن لا تنتقل من وقت البيع . ولا من وقت إعلان الرغبة فى الشفعة ، ولا من وقت تسجيل هذا الإعلان . بل ولا من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة . وإنما تنتقل من وقت تسجيل هذا الحكم النهائى أو تسجيل الإقرار بالشفعة من المشترى . والوقت الذى يحل فيه الشفيع محل المشترى لا أهمية له فى تحديد وقت انتقال الملكية . وسواء حل الشفيع محل المشترى من وقت البيع على الرأى الذى نقول به . أو من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة على الرأى الذى تقول به محكمة النقض . أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فإن الملكية فى جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا من وقت تسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشترى بالشفعة وهذا ما تفرضه أحكام التسجيل . أما فيما بين الشفيع وبين البائع والمشترى وهما ليسا من الغير على الرأى الذى نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشترى بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض ، ولكنها تنتقل فى رأينا من وقت البيع لا من وقت التسجيل .

ومتى انتقلت الملكية إلى الشفيع على النحو الذى قدمناه . فإنه يجوز له أن يتصرف فى العقار المشفوع فيه متى شاء وكيف شاء . فإنه قد أصبح مالكا

(١) وإذا أنكر البائع والمشترى ، فى دعوى الشفعة التى يرفعها الشفيع عليهما ، وقوع البيع بينهما حتى يتفاديا أخذ الشفيع بالشفعة ، كان للشفيع أن يثبت هذا البيع بجميع طرق الإثبات ويدخل فى ذلك البينة والقرائن . لأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً ص ٥٠٩ – وقارن محمد على ٢ فقرة ٣١٦ ص ٥٣٥ – ص ٥٣٦ : ويذهب إلى أن الشفيع ، إذا كان عقد البيع لم يسجل ، يطلب الحكم بصحة التعاقد فى صحيفة دعوى الشفعة . ونرى أنه لا حاجة لتسجيل عقد البيع والتمهيد لذلك بطلب الحكم بصحة التعاقد . فإنه من الجائز تسجيل حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشترى دون أن يكون عقد البيع مسجلا كما قدمنا فى المتن) .

للعقار وللمالك أن يتصرف فى ملكه . ولا يعترض على ذلك بأن الشفيع إنما أخذ العقار بالشفعة ليستبقيه لا ليتصرف فيه . وإلا كان مضاربا يستغل حقه فى الشفعة للكسب والربح . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن القضاء للشفيع بالشفعة أو تراضيه عليها مع المشترى معناه أنه لم يكن متعسفا فى طلبها ولم يقصد الاستغلال ، فإذا ما أصبح مالكا للعقار المشفوع فيه صارت له جميع حقوق المالك . وأخصها حقه فى التصرف فى ملكه (١) .

٢٣٥ – التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع – تبعة الهلاك قبل التسليم : والمفروض هنا أن العقار المشفوع فيه لا يزال فى يد البائع ، ولم يسلمه للمشترى . فيلتزم فى هذه الحالة بتسليمه للشفيع ، لأنه هو المشترى بعد أن تحل

---

(١) وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع أن يتخذ من حقه وسيلة للمضاربة ، ولكن بعد أن يثبت للشفيع الحق بالرضاء أو بالقضاء له أن يتصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكاً للمشفوع فيه . وله إذن حرية التصرف فى العين التى بيعت له ، بل وله الحق أن يتجر فيها ، فله أن يبيع ليكسب ، ولا يشترط أن يشفع ليحفظ الملك المشفوع فيه لنفسه (بنى سويف الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٥١ ص ٤٢٠) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٥ .

ولكن قبل الحكم بالشفعة ، إذا ثبت أن الشفيع قد قصد المضاربة والاتجار ، فتواطأ مع أجنبى على أن يقدم له المال اللازم للأخذ بالشفعة فى مقابل أن يشاركه فى الصفقة ، فان هذا التعاقد مع الأجنبى يكون باطلا لقيامه على سبب غير مشروع (استئناف وطنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٤ ص ١٧٢) . وقد قضى بأنه يجب رفض طلب الشفعة ، إذا ثبت أن الشفيع قد اتفق مع شخص آخر على أن يقدم له الثمن الذى يأخذ به الصفقة بالشفعة فى مقابل أن يأخذ هذا الشخص الآخر جزءاً من العقار المشفوع فيه (طنطا الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة يسقط ، إذا ثبت أنه عندما علم بالشراء أظهر رغبته فى عدم الأخذ بالشفعة ، وأنه مارفع الدعوى بعد هذا التنازل إلا لفائدة شخص آخر أراد أن يجعله سبيلا لتملك العقار المشفوع فيه (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤) .

وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٣ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣١ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٦ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦١ . وانظر عكس ذلك وأن الشفعة صحيحة حتى لو ظهر أن الشفيع أخذ الثمن من الغير وقاسمه العقار المشفوع فيه : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ – ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢١ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٢ – ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٠ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٠ .

العقار بالشفعة . وكل ما ذكرناه عند الكلام فى عقد البيع . فى شأن التزام البائع بتسليم المبيع ، ينطبق هنا[١] . ونشير بوجه خاص إلى أن البائع يلتزم بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التى كان عليها وقت البيع . وبالمقدار الذى عين له فى العقد . وبالملحقات التى تتبعه . وملحقات العقار المشفوع فيه هى كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله . وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد البائع والمشترى (م ٤٣٢ مدنى) . ويكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع (م ١/٤٣٥ مدنى) . ويتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع فى الشفعة . إلا إذا حدد ميعاد معين فى عقد البيع يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم المبيع فى ميعاد معين . أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت لتسليمه . ويتم التسليم فى المكان الذى يوجد فيه العقار المشفوع فيه . فعلى الشفيع أن يسعى إلى هذا المكان لتسلم العقار . وإذا تأخر البائع عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر .

ولما كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية وهو التزام بتحقيق غاية ، فإن البائع إذا لم يسلم العقار المشفوع فيه للشفيع ، حتى لو كان راجعا إلى سبب أجنبى ، كأن كان العقار بناء فاحترق قضاء وقدرا ، فان البائع يكون مع ذلك لم يقم بالتزامه بالتسليم ، فيصبح مسئولا عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم على البائع ، لا على الشفيع . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى البيع يجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشترى ، فنصت المادة ٤٣٧ مدنى على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع » . وتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع لا على الشفيع . حتى لو كان الشفيع قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشترى بها فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه قبل أن يتسلمه من البائع . أما إذا تسلم

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٩١ وما بعدها .

الشفيع العقار المشفوع فيه . فإن تبعة الهلاك تكون عليه حتى لو كان لم يسجل حكم الشفعة أو إقرار المشترى بها فلم تنتقل الملكية إليه . ونرى من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية . فتبعه هلاك العقار المشفوع فيه تكون على البائع قبل التسليم ولو انتقلت الملكية إلى الشفيع . وتكون على الشفيع بعد التسليم ولو لم تنتقل إليه الملكية . ومعنى أن البائع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار وهو لا يزال فى يده لم يسلمه إلى الشفيع . فإن كان قد قبض الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة (أو تسلمه من المشترى أو من الشفيع فى حالة الشفعة بالتراضى) ، وجب عليه أن يرده للشفيع ، وإن كان لم يقبضه لم تجز له مطالبة الشفيع أو المشترى به . ومعنى أن الشفيع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار بعد أن يكون قد تسلمه ، جاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك ؛ فإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده . وإذا أعذر البائع الشفيع ليتسلم العقار ، فمن وقت الإعذار يعتبر العقار فى حكم المسلم للشفيع . فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلى فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع . وفى هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدنى كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع » ، أى أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع .

وإذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا فى قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم ، وعلى الشفيع بعد التسليم . وتنص المادة ٤٣٨ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » . فتكون تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل تسليم العقار على البائع ، للأسباب نفسها التى ذكرناها فى حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يقم به البائع كان مسئولا ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، فتكون التبعة عليه هنا كما كانت التبعة عليه فى الهلاك الكلى . وينبنى على ذلك أن الشفيع ، فى حالة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة

قبل تسليم العقار إليه ، يكون بالخيار بين الفسخ (١) أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ماهلك من العقار أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق فى التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائى . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ من الجسامة قدرا بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للشفيع حق الفسخ . وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط. وغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر الشفيع لتسلم المبيع ، فإن الهلاك الجزئى أو نقص القيمة ، إذا طرأ بعد ذلك على العقار قبل أن يتسلمه الشفيع فعلا ، يتحمل الشفيع تبعته كما يتحملها فى الهلاك الكلى على ما أسلفنا (٢) .

٢٣٦ – التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق للشفيع : رأينا (٣) أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدنى تنص صراحة على أنه « إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . ورأينا (٤) أن هذا النص هو الذى يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشترى منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشترى يختفى من الصفقة فتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فالبائع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشتريا بضمان التعرض والاستحقاق ، وتسرى هنا أحكام ضمان التعرض والاستحقاق فى البيع ، لأن الشفيع قد حل كما قدمنا محل المشترى فيرجع بالضمان على البائع

---

(١) وإذا فسخ الشفيع ، لم يكن للمشترى الحق فى أن يطالب بالعقار المبيع بعد إنقاص الثمن أوحتى بعد دفع الثمن بأكمله ولابد من عقد جديد بين البائع والمشترى ، يأخذ بموجبه المشترى العقار بالثمن الذى يتفق عليه مع البائع (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٤) .

(٢) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣١٤ – فقرة ٣٢٤ – وانظر على زكى العرابى فقرة ١٢٣ – فقرة ١٢٤ - عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٢٤ . وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٠ (ويذهب إلى وجوب تطبيق أحكام الفقه الإسلامى فى حالة الهلاك . ولانرى وجهاً لهذا القول بعد أن نص القانون صراحة على أن الشفيع يحل محل المشترى فى حقوقه والتزاماته ، والمقصود طبعاً بالحقوق والالتزامات تلك التى قررها القانون – لا الفقه الإسلامى – بالنسبة إلى المشترى ، ويدخل فى ذلك تحمل تبعة الهلاك . فيجب إذن تطبيق أحكام التقنين المدنى ، لا أحكام الفقه الإسلامى ، فى تعيين من يتحمل تبعه هلاك العقار المشفوع فيه)

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

كما يرجع المشترى [١] . فيرجع الشفيع إذن على البائع بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه ، وكذلك بضمان التعرض الصادر من الغير ويدخل فى ذلك ضمان الاستحقاق . وتنص المادة ٤٣٩ مدنى فى هذا المعنى على أن « يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه . سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى. ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

ففيما يتعلق بضمان البائع لتعرضه هو . يتحقق هذا الضمان إذا صدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . ويستوى فى ذلك أن يكون التعرض مبنيا على سبب مادى (trouble de fait) . أو أن يكون مبنيا على سبب قانونى (trouble de droit). فالتعرض المبنى على سبب مادى إما أن يقوم على أعمال مادية محضة ، أو أن يقوم على تصرفات قانونية . فالتعرض الذى يقوم على أعمال مادية مثله أن يكون البائع قد باع قطعة أرض حددها بميدان مملوك له . وأخذ الأرض شفيع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يلغى الميدان ويقسمه أجزاء لبيعه لأن فى ذلك حرمان الشفيع من الانتفاع بمنظر الميدان ، ويكون البائع فى هذه الحالة ملزما بضمان التعرض المبنى على عمل مادى صادر منه هو [٢] . والتعرض الذى يقوم على تصرفات قانونية مثله أن يرهن البائع العقار بعد بيعه ، ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، فيسرى الرهن فى حق الشفيع . فهنا يقع تعرض من جانب الدائن المرتهن وهو تعرض صادر من الغير . وهو فى الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن الدائن المرتهن فى تعرضه قد

---

(١) نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦ – وحتى لو كان المشترى هو الذى قبض الثمن من الشفيع ، فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق . فلا يرجع الشفيع عليه ثم يرجع هو (أى المشترى) على البائع . بل يرجع الشفيع رأسا على البائع ، لأن الشفيع قد حل محل المشترى فى البيع منذ إبرامه ، وهو بيع واحد يعتبر بعد الأخذ بالشفعة صادراً مباشرة منذ البداية من البائع إلى الشفيع ، لا بيع صادر من البائع إلى المشترى ثم بيع تال صادر من المشترى إلى الشفيع . أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٧ .

(٢) أنظر بالنسبة إلى المشترى استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٥٠ .

استمد حقه من البائع ؛ وتعرض البائع فى هذه الحالة يقوم على تصرف قانونى لا على عمل مادى . يبقى تعرض البائع المبنى على سبب قانونى ، ويتحقق إذا ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه فى مواجهة الشفيع ، سواء كان الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له . مثل الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أفرز عقارا بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باع العقار فأخذه شفيع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يطالب بابطال القسمة لئلا يبطل البيع فتبطل الشفعة ، فيكون هذا تعرضا من البائع للشفيع مبنيا على سبب قانونى سابق على البيع . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عقارا غير مملوك له فيأخذ شفيع بالشفعة ، ثم يصبح البائع مالكا للعقار بالإرث أو بالشراء مثلا . فيحتج على الشفيع بهذا الملك الحادث بعد البيع ، فعند ذلك يجوز للشفيع أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه هو بسبب قانونى لاحق للبيع . وقد لجأ القانون فى هذه الحالة إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية فى مثل هذا البيع ، وهو بيع ملك الغير . تنتقل إلى المشترى أى إلى الشفيع إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدنى) . والتزام البائع بعدم التعرض للشفيع التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للشفيع فى أى وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم . فاذا أخل البائع بالتزامه بأن تعرض فعلا للشفيع ، تولد عن الالتزام الأصلى بعدم التعرض التزام جزائى بالتعويض . وهذا الالتزام الجزائى هو الذى يسقط بالتقادم ، فاذا لم يطالب به الشفيع فى خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا سقط بالتقادم . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام الجزائى باختلاف الأحوال التى يقوم فيها ضمان التعرض . فاذا كان تعرض البائع للشفيع قائما على أعمال مادية محضة ، كالغاء البائع للميدان الذى يطل عليه العقار المشفوع فيه ، وجب على البائع تعويض المشترى عما عما أصابه من الضرر ، وجاز فى الوقت ذاته أن يطلب الشفيع التنفيذ العينى لالتزام البائع فيجبره على إعادة الميدان إلى ما كان عليه . وإذا كان تعرض البائع قائما على تصرف قانونى صادر منه هو ، كرهنه العقار المشفوع فيه وقيد هذا الرهن قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ، فلا مناص من سريان الرهن

فى حق الشفيع ، ويرجع الشفيع فى هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للعقار استحقاقا جزئيا كما سيأتى ، أو بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو لأن الدائن المرتهن استمد حقه من البائع نفسه . وإذا كان تعرض البائع مبنيا على سبب قانونى بأن ادعى حقا على المبيع سابقا على البيع أولا حقا له ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هى أن ترد دعوى البائع بهذا الحق ، فاذا ادعى الملكية وأراد الاسترداد لم يستطع أن يسترد ، لأن من وجب عليه الضمان لم يجز له الاسترداد . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشترى على تعديل أحكام التعرض الصادر من البائع ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشترى . والاتفاق على زيادة الضمان أو على إنقاصه جائز ، فيزيد الضمان أو ينقص تبعا لذلك بالنسبة إلى الشفيع . أما الاتفاق على اسقاط الضمان فغير جائز ، وقد نصت المادة ١/٤٤٦ مدنى على أنه « إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ عن فعله هو . ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك » . فاذا كان البائع لا يستطيع أن يحتج على المشترى بالاتفاق على إسقاط الضمان ، فانه لا يستطيع كذلك الاحتجاج بهذا الاتفاق على الشفيع[1] .

وفيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ، يجب التمييز بين التعرض المبنى على سبب مادى والتعرض المبنى على سبب قانونى . وقد رأينا فى التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنيا على سبب قانونى أو مبنيا على سبب مادى . أما فى التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانونى . فالتعرض المبنى على سبب مادى الصادر من الغير لا يضمنه البائع ، وما دام الغير لا يدعى أن له حقا على المبيع فالشفيع وشأنه مع المتعرض يدفع تعرضه بالوسائل التى أعطاها إياه القانون . فاذا ادعى الغير حقا على العقار المشفوع فيه ، فهذا هو التعرض المبنى على سبب قانونى ويلتزم البائع بضمانه . ويشترط أن يكون الحق الذى يدعيه الغير سابقا على البيع ، أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع . فاذا كان الحق تاليا للبيع وغير مستمد من البائع لم يلتزم البائع بالضمان . ومثل الحق السابق على البيع أن

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٣٦ .

يكون البائع قد باع عقارا فى حيازة الغير ، فأخذه شفيع بالشفعة ، ثم تبين أن الحائز للعقار قد ملكه قبل البيع بالتقادم الطويل أو التقادم القصير . فهنا يدعى الحائز حقا على العقار سابقا على البيع . وهو حق الملكية الذى كسبه بالتقادم ، فيكون البائع ضامنا للشفيع هذا التعرض . ومثل الحق التالى للبيع وهو مستمد من البائع أن يكون البائع قد باع عقارا فأخذه شفيع بالشفعة ، وبعد البيع رتب البائع على العقار رهنا قيده صاحبه قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة . فهنا يدعى الدائن المرتهن حقا على العقار لا حقا للبيع ولكنه مستمد من البائع ، وهو حق الرهن الذى قيده قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيكون البائع ضامنا أيضا هذا التعرض للشفيع . ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على النحو المتقدم ، فان البائع يجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا ، بأن يجعل الغير الذى تعرض للشفيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه[1] . فاذا عجز عن التنفيذ العينى ، بأن فاز الغير باثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض الشفيع عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الاستحقاق . وهو إما أن يكون ضمانا عن استحقاق كلى ، أو ضمانا عن استحقاق جزئى . ففى الضمان عن الاستحقاق الكلى ، نصت المادة ٤٤٣ مدنى على أنه « إذا استحق كل المبيع ، كان للمشترى (وهنا المشترى هو الشفيع) أن يطلب من البائع : ١ – قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . ٢ – قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع . ٣ – المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سىء النية . ٤ – جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ . ٥ – وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله »[2] .

---

(١) أنظر فى تنفيذ الضمان تنفيذاً عينياً بطريق تدخل البائع ما سبق بيانه فى هذا الشأن عند الكلام فى البيع (الوسيط ٤ فقرة ٣٤٧ – فقرة ٣٥٠) .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٢ .

وفى الضمان عن الاستحقاق الجزئى ، نصت المادة ٤٤٤ مدنى على أنه « إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترى (الشفيع) قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ – فإذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق »[1] . وقد يتوقى الشفيع استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مقابل للمستحق ، وفى هذه الحالة تنص المادة ٤٤٢ مدنى على أنه « إذا توقى المشترى (الشفيع) استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شىء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات »[2] . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشترى على تعديل أحكام التعرض الصادر من الغير ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشترى . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى ، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلا أيضا بالنسبة إلى الشفيع . وكذلك إذا اتفق على إسقاط الضمان دون أن يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبى ، كان مع ذلك مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . فتسرى هذه الأحكام أيضا على الشفيع وقد حل محل المشترى ، ويعتد فى العلم بسبب الاستحقاق وفى الشراء مع سقوط الخيار بالمشترى لا بالشفيع . وفى هذا كله تنص المادة ٤٤٥ مدنى على أنه « ١ – يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان . ٢ – ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٣ – وإذا رد الشفيع العقار للبائع بموجب هذه الأحكام ، لم يجز للمشترى أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصلى وإذا أراد أخذه ، كان ذلك بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر فى الهلاك الجزئى إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١) .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى . ٣ – ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى » . وتنص المادة ٤٤٦ ٢ مدنى على ما يأتى : « أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار[1] » .

٢٣٧ – التزام البائع بضمان العيوب الخفية للشفيع : ويلتزم البائع أخيرا – مباشرة نحو الشفيع وحده – بضمان العيوب الخفية فى العقار المشفوع فيه. ورجوع الشفيع المباشر على البائع وحده بضمان العيوب الخفية ، كرجوعه المباشر على البائع وحده بضمان التعرض والاستحقاق ، دليل قاطع على أن الشفيع قد حل محل المشترى من وقت البيع . وقد نصت المادة ٤٤٧ مدنى فى خصوص ضمان العيوب الخفية على أن « ١ – يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى (وقد حل محله الشفيع) وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده . ٢ – ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه » . فالعيب فى العقار المشفوع فيه ، حتى يوجب الضمان ، يجب أن يكون مؤثرا ، وأن يكون قديما أى موجودا فى العقار قبل تسليمه للمشترى أو للشفيع ، وأن يكون خفيا فإذا كان ظاهرا وقت أن تسلم العقار المشترى أو الشفيع ورضى به هذا أو ذاك لم يضمنه البائع[2] ، وأن يكون غير معلوم للمشترى وقت أن تسلم العقار فإذا كان

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٥ – فقرة ٣٥٩ – وانظر فى تفصيل ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير الوسيط ٤ فقرة ٣٣٧ – فقرة ٣٥٩ – وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٧ ص ٤٨٩ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٨ .

(٢) فإذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشترى – لا الشفيع – كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص العقار بعناية الرجل العادى ، فلا ضمان على البائع . ومع ذلك –

الشفيع هو الذى تسلمه مباشرة من البائع وجب أن يكون العيب غير معلوم له[١].
فإذا وجد بالعقار عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة . وجب على الشفيع المبادرة إلى إخطار البائع به ، فإذا ما أخطره . كان له أن يرجع عليه بالضمان . ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان العيب جسيما بحيث لو أن المشترى كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، وبين ما إذا كان العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد . فنى الحالة الأولى يكون الشفيع مخيرا بين رد العقار المشفوع فيه وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى[٢] ، وبين استبقاء العقار مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . وفى الحالة الثانية لا يكون للشفيع إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب [٣] .

وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشترى ، فإذا لم يسلم إلى المشترى فمن وقت تسليمه رأسا إلى الشفيع . وقد نصت المادة ٤٥٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « ١ – تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ – على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم ، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه » [٤]

= يجب الضمان على البائع فى هذه الحالة إذا أثبت الشفيع أحد أمرين إما أن يكون البائع قد أكد للمشترى خلو العقار من العيب المعين الذى وجد به بعد ذلك ويستطيع الشفيع أن يثبت هذا التأكيد من البائع للمشترى بجميع طرق الإثبات ، أو أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب عن المشترى غشا منه وللشفيع أن يثبت ذلك أيضاً بجميع طرق الإثبات .

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٦٥ – فقرة ٣٦٨ .

(٢) ولايجوز للمشترى أن يأخذ العقار المشفوع فيه فى هذا الفرض بموجب عقد البيع الأصلى ، فإذا أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر فى الهلاك الجزئى وفى الاستحقاق الجزئى إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٠ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١) .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٢ – فقرة ٣٧٤

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٧ .

وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشترى على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشترى. على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى العقار المشفوع فيه غشا منه، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلا أيضا بالنسبة إلى الشفيع. وتنص المادة ٤٥٣ مدنى فى هذا الصدد على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشا منه »[1].

٨٢ — التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع – الثمن المؤجل – الفوائد :

والمفروض هنا أن البائع لم يقبض الثمن من المشترى، فإذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة، أصبح ملتزما بدفع الثمن للبائع. وغنى عن البيان أن مقدار الثمن يكون قد تعين إما فى الحكم القاضى بالشفعة[2]، أو بالتراضى بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضى : فى الحالة الأولى، حالة الحكم بالشفعة، يكون الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة[3]، فما على البائع إلا أن يسحب من خزانة المحكمة ما أودعه الشفيع، ويكون الشفيع قد وفى على هذا النحو بالتزامه بدفع الثمن[4]. وقد يكون ما أودعه الشفيع أكثر من

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٨ – فقرة ٣٧٩ – وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها.

(٤) ولم يكن الشفيع ملزماً، بحسب قانون الشفعة السابق، بإيداع الثمن خزانة المحكمة فكان البائع يستطيع التنفيذ بالثمن على أموال الشفيع بموجب الحكم القاضى بالشفعة، ولم يكن فى حاجة إلى رفع دعوى جديدة بالثمن. وقد قضى، فى عهد قانون الشفعة السابق، بأن الحكم الذى يقضى بالشفعة يقضى فى الوقت نفسه بدفع الثمن، فليس المشترى فى حاجة إلى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة، وإنما إذا تعلل الشفيع فى حبس الثمن بوجود دين على العين تعين صدور حكم باستمرار التنفيذ (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣). فلا محل إذن لتكليف المشترى رفع دعوى جديدة بالثمن لأن الثمن مقضى به فى حكم الشفعة، وقد أصبح مقدراً غير متنازع فيه، بل إن رفع دعوى جديدة فى شأنه تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠).

الثمن الحقيقى ، بأن يكون قد أودع الثمن المذكور فى العقد ثم أثبت فى دعوى الشفعة أن ما ذكر فى العقد أكثر من الثمن الحقيقى ، فمن حقه أن يسحب من خزانة المحكمة الفرق بين ما أودعه وبين الثمن الحقيقى . بل له أن يتقاضى تعويضا من البائع والمشترى متضامنين على أساس المسئولية التقصيرية لأنهما تواطآ معا على ذكر ثمن فى العقد أكبر من الثمن الحقيقى ، فيحكم له بالفوائد القانونية للزيادة التى أودعها من وقت الإيداع إلى وقت سحبها من خزانة المحكمة . ويحدث أن يودع الشفيع الثمن المذكور فى العقد ، ثم يثبت المشترى أو البائع أنه أقل من الثمن الحقيقى (١) . وعند ذلك يكون الشفيع ملتزما بدفع الباقى من الثمن للبائع. أما فى الحالة الثانية ، حالة التراضى على الشفعة ، فإن الشفيع يكون ملتزما بدفع كل الثمن المتفق عليه للبائع ، لأنه لا يكون قد أودع شيئا من الثمن خزانة المحكمة .

وأيا كان المبلغ الذى يلتزم الشفيع بدفعه للبائع ، كل الثمن أو الباقى منه ، فانه يلتزم بدفعه فورا . وهذا حتى لو كان البائع قد اتفق مع المشترى فى الأصل على تأجيل الثمن ، فليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٤٥ مدنى تنص فى هذا الصدد على ما يأتى : « وإنما لا يحق له (للشفيع) الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » . والسبب فى ذلك واضح ، فان البائع قد يضع فى المشترى ثقة لا يضعها فى الشفيع فيقبل أن يؤجل الثمن للأول دون الثانى ، وقد تربطه بالمشترى دون الشفيع من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل الثمن للمشترى . فتأجيل الثمن أمر منظور فيه لاعتبارات تتعلق بشخص المشترى ، فلا تتعدى هذه الاعتبارات إلى شخص الشفيع . ومع ذلك قد يرضى البائع ، كما يقول النص سالف الذكر ، بتأجيل الثمن للشفيع أيضا لأسباب يراها مبررة لذلك ، فيتأجل الثمن على الشفيع على النحو الذى رضى به البائع (٣) . ورضاء البائع بتأجيل

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٣ .

(٣) نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٥ ص ٩ – استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ – استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٠ .

الثمن للشفيع إنما يأتى بعد الأخذ بالشفعة . أما فى أثناء إجراءات دعوى الشفعة فيجب على الشفيع أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة حتى لو كان البائع راضيا بتأجيل الثمن وقد سبق بيان ذلك (١) . فاذا ما ثبت حق الشفيع فى الشفعة ، ورضى البائع بتأجيل الثمن أو تقسيطه ، استطاع الشفيع أن يسحب الثمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع . وعليه بعد ذلك أن يسدده للبائع فى الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (٢) . هذا إذا أخذ الشفيع الشفعة قضاء ، فان أخذها بالتراضى فان الثمن يكون مؤجلا أو مقسطا تبعا لما يتم الاتفاق عليه بينه وبين البائع .

وفى المدة التى يودع فيها الثمن خزانة المحكمة ، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة وتمكن البائع من سحب الثمن ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن الثمن ، لأن تعطيل الثمن لم يكن بخطأه فقد أودعه خزانة المحكمة وكان على البائع والمشترى أن يسلما له بالشفعة فيقبض البائع الثمن فورا (٣) . وإذا كان المشترى دون البائع هو الذى لم يسلم بالشفعة ، كان رجوع البائع بالفوائد مدة تعطيل الثمن فى خزانة المحكمة على المشترى لا على الشفيع . فاذا ثبت حق الشفيع فى الشفعة ، بالتقاضى أو بالتراضى ، وبقى الثمن أو بعضه فى ذمة الشفيع للبائع لسبب من الأسباب التى تقدم ذكرها ، فان استحقاق البائع للفوائد تسرى فى شأنه القواعد العامة . وتنص المادة ٤٥٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ – لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن ، إلا إذا أعذر المشترى (وقد حل محله الشفيع) أو إذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ٢ – وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . ويخلص من هذا النص أنه إذا كان الشفيع لم يدفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالا واجب الأداء فورا أو كان مقسطا أو كان مؤجلا إلى وقت معين ،

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٦٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ .

فإن الشفيع لا يكون مسئولا عن فوائد هذا الثمن إلا فى حالات ثلاث : (١) إذا وجد اتفاق بين البائع والشفيع ، عند تأجيل الثمن مثلا أو تقسيطه ، على أن الشفيع يدفع فوائد عن الثمن المستحق فى ذمته . وتكون الفوائد فى هذه الحالة فوائد اتفاقية لا يجوز أن تزيد على ٧٪ ، والاتفاق هو الذى يحدد من أى وقت تسرى الفوائد المتفق عليها (١) . (٢) فاذا لم يوجد اتفاق على الفوائد ، كانت الفوائد مستحقة من وقت تسلم الشفيع للعقار المشفوع فيه إذا كان هذا العقار قابلا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، والفوائد المستحقة فى هذه الحالة هى الفوائد القانونية . (٣) فاذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه أو تسلمه ولم يكن قابلا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، ولم يكن هناك اتفاق على دفع فوائد ، فان الفوائد لا تستحق على الثمن إلا إذا كان الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع الشفيع أن يدفعه ، فمن وقت الإعذار إلى وقت الدفع تجب الفوائد القانونية (٢) . وجزاء إخلال الشفيع بالتزامه من دفع الثمن والفوائد تسرى فى شأنه القواعد العامة ، فللبائع حق الفسخ (٣) ، كما له أن يحبس العقار

---

(١) ويغلب أن يتفق البائع مع الشفيع على دفع فوائد إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطاً ، وعلى أن تسرى الفوائد من وقت البيع إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع ، فى الشفعة بالتراضى مثلا ، من أن يشترط على الشفيع دفع فوائد اتفاقية حتى لو كان الثمن حالا واجب الدفع فوراً ، فيكون على الشفيع أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فان تأخر فى الدفع كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٤ .

(٣) وإذا فسخ البائع لم يجز للمشترى أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصلى ، فان أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر فى الهلاك الجزئى والاستحقاق الجزئى والعيوب الخفية إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١ وص ٧٥٢ هامش ٢) .

وإذا رفع البائع دعوى الفسخ ، كان للشفيع ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن إلى وقت صدور الحكم النهائى فى دعوى الفسخ . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحكم النهائى القاضى بالشفعة يعتبر سنداً لملكية المحكوم له للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين فى الحكم . فاذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع الثمن ، ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الثمن ، فان هذه الدعوى هى فى حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التمليك . وللمحكوم له بالشفعة أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن =

فى يده حتى يستوفى الثمن والفوائد ، وله حق امتياز البائع على هذا العقار [١]

وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى تقضى بأن للمشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا . واستحقاق المشترى ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشترى قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماءه ويكون عليه تكاليفه [٢] . ويترتب على ذلك أن الشفيع ، بعد أن حل محل المشترى ، لا يتملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار . وذلك سواء كان العقار لا يزال فى يد البائع وهو الذى يستولى على ثماره ، أو سلم إلى المشترى فأصبح هو الذى يقبض هذه الثمار . وهنا تظهر الأهمية العملية فى تحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية العقار إلى الشفيع . فان الشفيع يملك الثمار من هذا الوقت [٣] . وقد رأينا أن لمحكمة النقض فى هذه المسألة قضاء مستقرا ، يطبق عادة عند تسليم العقار المشفوع فيه للمشترى فيقبض هذا ثماره ويطالبه الشفيع بردها ، فنرجىء بحث المسألة إلى حين الكلام فى علاقة الشفيع بالمشترى [٤] . أما هنا فنقتصر على تملك الشفيع للثمار ، إذا كان العقار لا يزال فى يد البائع ولم يتسلمه المشترى . ففى هذه الحالة ، وقد حل الشفيع محل المشترى ، فانه يتملك الثمار وهى فى يد البائع من الوقت الذى كان المشترى يتملكها فيه . وتقضى المادة ٤٥٨ / ٢ مدنى كما رأينا بأن للمشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . فيتملك الشفيع ، وقد حل محل المشترى كما قدمنا ، الثمار وهى فى يد البائع من وقت تمام البيع ، فله

= المحدد فى حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائى فى هذه الدعوى (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٥ ص ١١٣٤) . وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٧ ص ٨٩ .

(١) انظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٠١ – فقرة ٤١٥ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٨٣ وفقرة ٣٩٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٣٢ .

(٤) انظر ما يلى فقرة ٢٤٥ .

أن يطالب البائع بها . وعليه أن يرد للبائع ، من ذلك الوقت أيضا ، التكاليف كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك [1] .

٢٣٩ – التزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه : ويلتزم الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه ، يتسلمه من البائع إذا كان لا يزال فى يده ، أو يتسلمه من المشترى إذا كان هذا قد تسلمه . وقد نصت المادة ٤٦٣ مدنى ، فى صدد تسلم المشترى (وقد حل محله الشفيع) للمبيع ، على أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك» . والتسلم ، فى أغلب صوره ، هو العملية المتممة للتسليم . فالبائع يلتزم بتسليم المبيع ، والشفيع يلتزم بتسلمه بأن يستولى عليه فعلا . وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن يرفض تسلم العقار المشفوع فيه ودفع الثمن ، بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد خول حقا للمشترى أو البائع ، وهو قبض الثمن [2] .

ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، أما نفقات تسلمه فتكون على المشترى وقد حل محله الشفيع [3] .

---

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٣ .

(٢) استئناف وطنى ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ٢٩٢ – وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٤ – وقارن استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٠٤ – وقضى أيضاً بأنه ليس للشفيع أن يرغم المشترى على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسلم العين ودفع الثمن (مصر الكلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٢٧٦)– وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨١ ص ٤٨٠ .

(٣) أنظر فى تفصيل الالتزام بتسلم البيع الوسيط ٤ فقرة ٤٢١ – فقرة ٤٢٥ – وقد يوجب عقد البيع على المشترى التزامات خاصة . فيلتزم به الشفيع لأنه حل محل المشترى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع يلتزم بالشرط الوارد فى عقد البيع ، والذى يلزم المشترى ببناء منزل للسكنى فى الأرض المبيعة فى خلال عام من وقت البيع ، وإلا فسخ البيع (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .

§ ٢ – علاقة الشفيع بالمشترى

٢٤٠ – نص قانونى : تنص المادة ٩٤٦ مدنى على ما يأتى :

١ – « إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس » .

٢ – « وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان للشفيع أن يطالب الإزالة ، فاذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس »[1] .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ١٠ .[2]

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٥٠ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٣ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : «أما ماصرف فى حفظ العقار وصيانته ، فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشترى المشفوع منه» . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة لأنها تطبيق للقواعد العامة ، ووافقت اللجنة على النص بعد تعديله على هذا الوجه تحت رقم ١٠٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٦ – ص ٤٣٨) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٠ : إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً ، قبل طلب الأخذ بالشفعة ، يكون الشفيع ملزماً ، بناء على رغبة المشترى ، إما أن يدفع له ماصرفه أوما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس – أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة ، فللشفيع الخيار إذا شاء طلب إزالتها ، وإن شاء طلب بقاءها . وفى هذه الحالة لايلزم إلابدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس . أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته ، فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشترى المشفوع منه . (وأحكام التقنين المدنى الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لامقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى ١١٤٣ : ١ – إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس

والنص يواجه خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشترى .
ويمكن القول بوجه عام إن المشترى إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، وعندئذ تنشأ علاقات متعددة بينه وبين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه ، أو لا يتسلمه . وفى الحالة الأخيرة ، إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه ، فان علاقته بالشفيع تكون جد محدودة ، فهو قد اختفى من الصفقة كما قدمنا وحل الشفيع محله فيها ، ولم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ عن هذا التسلم حقوق والتزامات لكل منهما قبل الآخر ، وتكاد تنحصر العلاقة بينهما فى رجوع المشترى على الشفيع بمصروفات البيع التى يلتزم بها المشترى عادة فيدفعها ، فاذا أخذ الشفيع بالشفعة رجع بها عليه ، سواء تسلم العقار أو لم يتسلمه . ويستوى فى ذلك أن يكون المشترى قد سجل عقد شرائه أو لم يسجله . أما إذا تسلم المشترى العقار المشفوع فيه من البائع ، وهذا هو الغالب ، فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجله ، فان حقوقا له قد تنشأ قبل الشفيع ، وتنشأ للشفيع حقوق قبله . ذلك أن المشترى ، وقد اختفى من الصفقة ولكنه تسلم العقار المشفوع فيه ، يمكن اعتباره حائزا لهذا العقار ، ويكون حائزا حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع فى الشفعة ، وحائزا سيء النية بعد إعلانه بهذه الرغبة . وعلى ذلك تكون حقوق المشترى قبل الشفيع ، إذا تسلم المشترى العقار المشفوع فيه ، هى : (١) استرداد الثمن إذا كان قد وفاه للبائع ، واسترداد مصروفات البيع لأنه يكون قد دفعها ؛ (٢) التعويض عن

= فيه أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة فى الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع للمشترى مقدار مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ – أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، كان للشفيع أن يطلب القلع . وإذا كان القلع مضراً بالعقار ، كان له أن يستبق البناء أو الغراس بقيمتهما مستحق القلع . (ويختلف التقنين العراق عن التقنين المصرى فى أن التقنين الأول يلزم الشفيع بأن يدفع للمشترى زيادة القيمة فى حالة البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة ، أما التقنين المصرى فيخير المشترى بين هذه القيمة وقيمة ما أنفقه . ويختلفان ، فى حالة البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة ، فى أن التقنين العراق يعطى للشفيع إذا كان القلع مضراً بالعقار الحق فى استبقاء البناء أوالغراس بقيمته مستحق القلع ، أما فى التقنين المصرى فالشفيع إذا استبق البناء أوالغراس يلتزم بدفع قيمة ما أنفق المشترى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، إذا كان قد أنفق على العقار المشفوع فيه شيئا من ذلك . (٣) التعويض عن البناء أو الغراس ، إذا كان قد بنى أو غرس فى العقار المشفوع فيه ، طبقا للأحكام الواردة فى المادة ٩٤٦ مدنى سالفة الذكر . وأما حقوق الشفيع قبل المشترى فهى : (١) تسلم العقار المشفوع فيه وما ينطوى عليه ذلك من تحمل تبعة الهلاك ، لأن المشترى وقد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع يلتزم بتسليمه للشفيع . ولا يلتزم المشترى بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ولا بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها التزامات يتحمل بها البائع رأسا نحو الشفيع ، وقد تقدم القول فيها . (٢) استرداد ثمار العقار المشفوع فيه ، لأن المشترى وقد تسلم هذا العقار يكون قد قبض ثماره . فنبحث هذه المسائل الخمس على التعاقب .

٢٤١ – حق المشترى فى استرداد الثمن من الشفيع واسترداد مصروفات البيع : المفروض هنا أن الثمن غير مؤجل ، وأن المشترى قد دفعه للبائع . فاذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء ، فأودع الثمن خزانة المحكمة ، سحب المشترى الثمن من الخزانة ، فاسترد على هذا النحو الثمن الذى سبق أن دفعه للبائع ، وبذلك يكون الشفيع قد وفى التزامه نحو المشترى من رد الثمن إليه . وقد سبق بيان ما يجب خصمه من المبلغ المودع خزانة المحكمة إذا أثبت الشفيع أن هذا المبلغ أكبر من الثمن الحقيقى ، وما تجب إضافته إلى هذا المبلغ إذا أثبت البائع أو المشترى أنه أقل من الثمن الحقيقى ، فنحيل إلى ما تقدم فى هذا الشأن[1] . وفى حالة التراضى على الشفعة ، يكون الشفيع ملتزما بدفع الثمن المتفق عليه للمشترى[2] . وأيا كان المبلغ الذى يلتزم الشفيع بدفعه ، كل الثمن أو الباقى منه ، فانه يلتزم بدفعه فورا للمشترى . ولا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن

---

(١) أنظر آنفاً ص ٧٥٣ – ص ٧٥٤ .

(٢) وليس للمشترى ، فى جميع الأحوال ، أن يطلب من الشفيع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقى الذى اشترى به بدعوى أن العقار قد زادت قيمته ، إذا كانت هذه الزيادة نتيجة لأسباب اقتصادية عامة وليست من فعل المشترى . كذلك لا يجوز للشفيع أن يطلب إنقاص الثمن بدعوى أن العقار قد قلت قيمته نتيجة لهذه الأسباب الاقتصادية العامة . أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٧ .

الثمن ، إلا فى الحالات التى سبق أن بيناها فى التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع (١).
وإذا أخل الشفيع بالتزامه بدفع الثمن وفوائده للمشترى ، وجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان البائع قد استوفى الثمن من المشترى كما سبق القول ، فانه يمتنع الفسخ لعدم رد الشفيع الثمن للمشترى (٢) . ذلك بأن المشترى إنما يسترد من الشفيع الثمن الذى دفعه للبائع ، لأنه دفع عنه دينا واجبا فى ذمته للبائع . فيكون رجوع المشترى على الشفيع طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب . ومن ثم لا يكون للمشترى حق الفسخ كما قدمنا ، وإنما يكون له حق التنفيذ على أموال الشفيع . كما أن له أن يحبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع الثمن والفوائد (٣).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨ – وذلك لأن الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة ، فمن وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة وتمكن المشترى من سحب الثمن من خزانة المحكمة إذا كان قد وفاه للبائع ، لايلتزم الشفيع بدفع فوائد عن الثمن ، لأن تعطيل الثمن لم يكن بخطأ منه ، وقد قررنا مثل ذلك بالنسبة إلى البائع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨) . وعلى ذلك يكون غير صحيح ما ورد فى المذكرة الإيضاحية من أن «للمشترى أن يطالب بالفوائد من الوقت الذى لايتملك فيه الثمار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) ، أى من وقت إعلان المشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة. فان المشترى ، من ذلك الوقت ، يكون ملزماً برد الثمار للشفيع (أنظر مايلى ص ٧٧٤ ، ولا يجوز له مع ذلك تقاضى فوائد عن الثمن من الشفيع ، إذ أن الشفيع يكون قد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرم نفسه من الانتفاع به ، وذلك بسبب عدم تسليم المشترى بالشفعة عن غير حق . على أن ماجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع إنما كان تفسيراً لما جرى به الحكم فى هذا المشروع من أن الشفيع لايلزم إلا بايداع ثلث الثمن ، ومن ثم يكون ملزماً بدفع فوائد مالم يودعه من الثمن فى خزانة المحكمة (أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٩ ص ٥٤١ – وانظر هذه المسألة : استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ – استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ – ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٥) .

(٢) قارن استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص ١٣٨١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٣ والأحكام المشار إليها فيه .

(٣) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣ . وفى عهد قانون الشفعة السابق وكان لايلزم الشفيع بايداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، استقر القضاء على أنه يجوز أن يقترن الحكم بالشفعة بالزام الشفيع بدفع الثمن للمشترى فى خلال مدة معينة ، وإلا سقط حقه فى الشفعة دون حاجة للتنبيه عليه من المشترى ، حتى لولم ينص الحكم على سقوط الحق جزاءً على عدم الدفع (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٨ ص ٤٠١ – ١٣ نوفبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥) . وقد قضت محكمة النقض بأن وجوب اختصام البائع والمشترى فى دعوى الشفعة إجراء أوجبه القانون –

ويسترد المشترى من الشفيع أيضا مصروفات البيع . سواء كانت رسمية كرسوم توثيق البيع المشفوع فيه ورسوم الدمغة ورسوم التصديق على الإمضاءات ورسوم التسجيل ورسوم استخراج الشهادات العقارية . أو كانت غير رسمية كالسمسرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة الأرض المشفوع فيها . وهذه المصروفات التزم المشترى بدفعها عند شرائه العقار . وقد نصت المادة ٤٦٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى . ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وعلى هذا يسترد المشترى من الشفيع هذه المصروفات طبقا للقواعد الإثراء بلا سبب كما فى استرداد الثمن . ويكون للمشترى حق التنفيذ على أموال الشفيع وله أن يحبس العقار المشفوع فيه . وقد قدمنا أن الشفيع لا يلتزم بإيداع مصروفات البيع مع الثمن خزانة المحكمة إذا رفع دعوى الشفعة ، وإنما تكون هذه المصروفات محل مطالبة من المشترى للشفيع فى أثناء نظر الدعوى ، وعلى المشترى أن يثبت مقدار ما أنفقه منها حتى يقضى له به على الشفيع [1] .

٢٤٢ — حق المشترى فى التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة : وقد ينفق المشترى على العقار المشفوع فيه ، بعد أن يتسلمه من البائع ، مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية . وفى هذه الحالة يعتبر المشترى حائزا للعقار المشفوع فيه ، وقد أنفق عليه هذه المصروفات ، فيرجع بها على المالك وهو هنا الشفيع ، طبقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن . وتنص المادة ٩٨٠ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ — على المالك الذى

= على خلاف الأصل الذى يقضى بأن المدعى حر فى توجيه دعواه إلى من يشاء ، فلا يجوز التوسع فى مفهوم هذا الاستثناء . ولما كان ذلك ، وكانت دعوى الشفعة تنتهى بصدور الحكم فيها ، فإنه لايشترط لقبول الدعوى التى ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصام البائع فيها (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٤ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بملحقات الثمن دون أن يعين مقدارها ، وكان هذا المقدار كما هو ثابت من المستندات المقدمة فى الطعن محل نزاع بين الطرفين ، فان إغفاله يكون قصوراً مستوجباً نقضه فى هذا الخصوص (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٥ — ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٦ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ،
٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤و٩٢٥ ،
٣ - فاذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشىء منها . ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشىء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .
وتقضى المادة ٩٨٢ مدنى بأنه يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المتقدمة الذكر ، « وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

وسنتولى شرح هذه الأحكام تفصيلا عند الكلام فى الحيازة وفى علاقة الحائز بالمالك . ونقتصر هنا على القول بأن المشترى ، إذا أنفق على العقار المشفوع فيه مصروفات ضرورية ، استردها بأكملها من الشفيع ، وعليه أن يثبت مقدار هذه المصروفات ، فى أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها ، أو أن يرفع بها دعوى على حدة . أما المصروفات النافعة ، فيطبق فى شأنها قواعد الالتصاق المقررة فى المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى ، وقد مر ذكرهما عند الكلام فى قواعد الالتصاق [١] . ويجب التمييز فى هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشترى برغبة الشفيع فى الشفعة فيكون المشترى فى هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى [٢] ، وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان المشترى برغبة الشفيع فى الشفعة فيكون المشترى فى هذه الحالة سىء النية وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ [٣] . وفى الحالتين يطالب المشترى الشفيع بالتعويض عن المصروفات النافعة طبقا للأحكام المشار إليها إما فى أثناء نظر دعوى الشفعة ، أو فى دعوى على حدة . وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

للمشترى أن يطالب الشفيع بشيء منها ، سواء أنفقت هذه المصروفات بعد إعلان المشترى برغبة الشفيع فى الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة . ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت الكمالية التى استحدثها المشترى مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو أن يجبر المشترى على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى . ويطالب الشفيع المشترى بذلك إما فى أثناء نظر دعوى الشفعة ، أو فى دعوى على حدة . وللمشترى حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له ، بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية .

٢٤٣ — حق المشترى فى التعويض والغراس : وقد يبنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أو يغرس فيه أشجارا ، بعد أن يتسلمه من البائع . وقد تكفلت المادة ٩٤٦ مدنى سالفة الذكر [١] ببيان ما يرجع به المشترى على الشفيع من التعويض بسبب هذا البناء أو الغراس . ولم يطبق المشرع ، فى هذه المادة ، الأحكام العامة فى الالتصاق ، بل انحرف عنها كثيرا [٢] . فقد ميز بين حالتين : حالة ما إذا بنى المشترى أو غرس قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة فاعتبر المشترى فى هذه الحالة حائزا حسن النية ، وحالة ما إذا بنى أو غرس بعد إعلانه بهذه الرغبة فاعتبر فى هذه الحالة حائزا سيء النية . ولم تطبق الأحكام العامة فى الالتصاق فى كلتا الحالتين ، بل عومل المشترى فى كل منهما معاملة أفضل مما تقضى به هذه الأحكام . والسبب فى ذلك أن المشترى عندما يبنى أو يغرس فى العقار المشفوع فيه ، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة فى الشفعة أو بعد إعلانها ، إنما يبنى أو يغرس فى عقار اشتراه. فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف فى هذا العقار تصرف المالك ، فيبنى فيه أو يغرس ، وقد يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد قيل ، فى غير انتباه ، عكس ذلك وأن المادة ٩٤٦ مدنى تردد المبادىء العامة المقررة فى الالتصاق ، فى لجنة الأستاذ كامل صدقى . إذ قال أحد الأعضاء ، عندما عرض النص على اللجنة ، «إن هذا النص ، وإن كان يردد المبادىء العامة المقررة فى باب الالتصاق ، إلا أنه يحسن الإبقاء عليه فى باب الشفعة ، إذ أن حذفه قد يدع مجالا لتطبيقات تجافى هذه المبادىء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٧ فى الهامش) .

كما سنرى . وهو ، حتى بعد إعلانه بطلب الشفعة ومعارضته لهذا الطلب ، قد يكون على حق فى هذه المعارضة . أو فى القليل قد يعتقد أنه على حق فيها ، فلم يشأ أن يشل نشاطه ، وأقبل يبنى أو يغرس فى العقار المشفوع فيه [١] .

وفى الحالة الأولى ، عندما يبنى المشترى أو يغرس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، تقضى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ مدنى كما رأينا بأن المشترى يكون بالخيار بين أن يطالب الشفيع بما أنفقه فى البناء أو الغراس [٢] أو بمقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس ، أى القيمتين أكبر . فهنا قد عومل المشترى فى الشفعة معاملة أفضل من الحائز حسن النية فى الأحكام العامة للالتصاق ، فان هذا يتقاضى ما أنفقه فى البناء أو الغراس أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس أى القيمتين أقل . يضاف إلى ذلك أنه فى الأحكام العامة فى الالتصاق « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها : كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (م ٩٢٥ / ٢ مدنى) . فيستطيع إذن صاحب الأرض ، فى الأحكام العامة فى الالتصاق ، أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس ، بأن يطلب تمليكه الأرض فى نظير تعويض عادل. أما فى الشفعة ، فلا يستطيع الشفيع أن يتفادى تعويض المشترى عن البناء أو الغراس بأن يطلب تمليكه العقار فى نظير تعويض عادل ، إذ لم يرد فى الشفعة نص فى هذا المعنى كما ورد هذا النص فى الأحكام العامة فى الالتصاق . والسبب فى ذلك واضح ، فان الشفيع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشترى عن البناء أو الغراس ، فان الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة ، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشترى فى نظير تعويض عادل . بقى أنه فى الأحكام العامة فى الالتصاق ، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التى استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م ٩٢٥ / ١ مدنى) . وهذا أيضا جائز فى الشفعة ، فيصح

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد قضى بأن أتعاب المقاول الذى كلفه المشترى قبل إعلانه بطلب الشفعة تحضير رسوم وبيانات عن مصروفات البناء المراد إقامته على الأرض المشفوع فيها تدخل ضمن المبالغ التى يلزم الشفيع بدفعها ، ولكن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكاً للشفيع (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٠ ص ٥٠٨ .

للمشترى ، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه فى المادة ٩٤٦ مدنى ، أن يطالب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله [١] .

وفى الحالة الثانية . عندما يبنى المشترى أو يغرس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة . تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٦ مدنى كما رأينا أنه يصح للشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشترى وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتض . وإلى هنا يتساوى المشترى فى الشفعة مع الحائز سيء النية فى الأحكام العامة فى الالتصاق ، فانه طبقا لهذه الأحكام يجوز لصاحب الأرض « أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه » (م ٩٢٤ / ١ مدنى) [٢] . ولكن يجوز لكل من الشفيع فى أحكام الشفعة ولصاحب الأرض فى الأحكام العامة فى الالتصاق أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس . وفى هذا الفرض يعامل المشترى فى الشفعة معاملة أفضل من معاملة الحائز سيء النية فى الأحكام العامة فى الالتصاق . فالمشترى فى الشفعة ، طبقا لأحكام المادة ٩٤٦ / ٢ مدنى ، يتقاضى من الشفيع ما أنفقه فى البناء أو الغراس ، أما الحائز سيء النية فى الأحكام العامة فى الالتصاق فلا يتقاضى ، طبقا لأحكام المادة ٩٢٤ / ١ مدنى ، إلا أقل القيمتين ، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس [٣] .

٢٤٤ — حق الشفيع فى تسلم العقار المشفوع فيه من المشترى — تبعة الهلاك ولما كان المشترى قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، فانه بعد الأخذ بالشفعة يلتزم بتسليمه للشفيع . وكل ما ذكرناه من أحكام فى تسليم البائع العقار المشفوع فيه للشفيع يسرى هنا فى تسليم المشترى هذا العقار للشفيع. فالمشترى يلتزم بتسليم العقار بالحالة التى كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذى

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد حدد النص لصاحب الأرض ، ليتقدم بهذا الطلب ، ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت (م ٩٢٤ / ١ مدنى) . ولم تحدد المادة ٩٤٦ مدنى ميعاداً للشفيع ليتقدم بنفس الطلب .

(٣) أنظر فى كل ما تقدم آنفاً فقرة ١١٣ .

عين له فى العقد ، وبالملحقات التى تتبعه . ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة العقار . ويتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع فى الشفعة ، فاذا تأخر المشترى عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر (١) .

يبقى أن نحدد على من تقع تبعة هلاك العقار المشفوع فيه ، إذا هلك هذا العقار بسبب أجنبى قبل أن يسلمه المشترى للشفيع (٢) . لا شك فى أن هذه التبعة لا تقع على البائع ، فهو قد سلم العقار إلى المشترى فارتفعت عنه بهذا التسليم تبعة الهلاك . ويبقى تحمل التبعة محصورا بين المشترى والشفيع ، وكثير من الفقهاء يذهبون إلى أن تبعة هلاك العقار قبل أن يسلمه المشترى للشفيع تقع على المشترى (٣) . وحجتهم فى ذلك أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لأنه ملتزم بالتسليم ، وقد أصبح المشترى هو الملتزم بالتسليم فتقع عليه هو تبعة الهلاك .

ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن تبعة الهلاك إنما تقع على الملتزم بالتسليم إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية ، فيكون الالتزام بالتسليم ليس فى حقيقته إلا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلا إلا بالتسليم (٤) . أما هنا فالمشترى ليس ملتزما بنقل الملكية للشفيع ، بل الملتزم بنقلها هو البائع كما قدمنا ، والبائع قد ارتفعت عنه التبعة بتسليم العقار إلى المشترى كما سبق القول . فعلى أى أساس إذن يبنى تحمل المشترى لتبعة الهلاك قبل التسليم ؟ فى رأينا أن المشترى لا يتحمل تبعة الهلاك لأنه ملتزم بالتسليم ، إذ التزامه بالتسليم هو التزام مستقل وليس متفرعا عن التزام بنقل

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٥ .

(٢) أما بعد تسليمه للشفيع ، فغنى عن البيان أن تبعة الهلاك ، كلياً كان الهلاك أو جزئياً ، تكون على الشفيع . كذلك تكون تبعة الهلاك الكلى أو الجزئى على الشفيع حتى لو لم يتسلم العقار من المشترى ، إذا كان المشترى قد أعذره قبل الهلاك بأن يتسلم العقار .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٠ – إسماعيل غانم ص ٩٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣٠ ص ٥٠٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٣ ص ٣٦٢ .

(٤) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ .

الملكية . والأصل أن الذى يتحمل تبعة الهلاك فى هذه الحالة هو المالك (١) ، والمالك هنا هو الشفيع متى سجل سند شفعته (الحكم بالشفعة أو إقرار المشترى بها) ، فكان ينبغى أن يكون الشفيع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك . ولكن المشترى ، قبل تسليمه العقار للشفيع ، يعتبر حائزا له كما قدمنا ، حائزا حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وحائزا سىء النية بعد هذا الإعلان . وقد بين القانون فى نصوص صريحة على من تقع تبعة هلاك الشىء ، إذا هلك وهو فى يد الحائز . فنصت المادة ٩٨٣ مدنى على أنه « ١ – إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشىء وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشىء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . ٢ – ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشىء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » . وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على الشفيع ، إذا هلك العقار بسبب أجنبي وهو فى يد المشترى قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، أى طالما كان المشترى معتبرا حائزا حسن النية (٢) . وتنص المادة ٩٨٤ مدنى على أنه « إذا كان الحائز سىء النية ، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشىء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجىء ، إلا إذا ثبت أن الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه » . وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على المشترى إذا هلك العقار وهو فى يده بعد إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، أى عندما يعتبر حائزا سىء النية . وسنعود إلى بحث المادتين ٩٨٣و٩٨٤ مدنى عند الكلام فى الحيازة وفى علاقة الحائز بالمالك (٣) . ونقتصر هنا على القول بأن هاتين المادتين هما المنطبقتان ، فى رأينا ، فى حالة هلاك العقار المشفوع فيه بسبب أجنبي وهو لا يزال فى يد المشترى قبل أن يسلمه للشفيع (٤) .

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ ص ٦٠٨ .

(٢) ويلاحظ ، من الناحية العملية ، أنه إذا هلك العقار وهو فى يد المشترى قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وعلم الشفيع بهذا الهلاك ، فإنه لا يقدم على طلب الشفعة فى عقار قد هلك ويتحمل هو تبعة هلاكه . لذلك لن يطلب الشفيع الشفعة فى هذه الحالة ، ويبقى البيع قائماً بين البائع والمشترى ، ويتحمل المشترى تبعة هلاك العقار بعد أن تسلمه من البائع .

(٣) أنظر مايلى فقرة ٣٦٠ – فقرة ٣٦٢ .

(٤) ولما كان المشترى قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة يتحمل تبعة الهلاك من الناحية العملية –

وإذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا في قيمة العقار بسبب تلف أصابه . وكان ذلك قبل إعلان المشترى بالرغبة فى الشفعة . فان التبعة تكون على الشفيع كما هو الأمر فى الهلاك الكلى . أما إذا وقع الهلاك الجزئى أو النقص فى قيمة العقار بعد إعلان المشترى بالرغبة فى الشفعة . فان التبعة تكون على المشترى كما هو الأمر أيضا فى الهلاك الكلى ، ويجوز للشفيع « إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع . وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » (م ٤٣٨ مدنى) [1] .

٢٤٥ – حق الشفيع فى استرداد ثمار العقار المشفوع فيه من المشترى :

قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى تنص على ما يأتى : « وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع . وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . وذكرنا أن استحقاق المشترى ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشترى قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماءه . ويكون عليه تكاليفه . وقد رتبنا على ذلك أن الشفيع . بعد أن حل محل المشترى . لا يتملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار . وذلك سواء

= كما قدمنا ، ويتحمل هذه التبعة أيضاً بعد إعلانه بالرغبة فى الشفعة كما بينا . فهو إذن الذى يتحمل التبعة فى جميع الأحوال . على أنه يحسن تأسيس تحمله للتبعة على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدنى ، لا على أنه ملتزم بالتسليم . وقد تظهر فائدة عملية من التأسيس على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدنى فى فرضين : (أ) إذا كان الهلاك قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، وطلب الشفيع الشفعة دون أن يعلم بالهلاك ، فيتحمل هو التبعة دون المشترى ، وإن كان هذا فرضاً بعيد الحصول. (ب) إذا كان الهلاك بعد إعلان الرغبة فى الشفعة وثبت أن العقار كان يهلك ولو تسلمه الشفيع ، فان الشفيع فى هذا الفرض هو الذى يتحمل التبعة دون المشترى

(1) أنظر فى تفصيل ذلك ما قدمناه فى تحمل البائع لتبعة الهلاك الجزئى آنفاً ص ٧٤٤ – ص ٧٤٥ – وإذا تحمل الشفيع تبعة الهلاك الكلى أو الجزئى بعد أخذه بالشفعة فى حالة ما إذا ثبت أن العقار كان يهلك ولو كان قد تسلمه ، فإنه لا يستطيع ، بعد أن يثبت حقه فى الشفعة أن يتخلص من هذه التبعة بتنازله عن الشفعة . وقد قدمنا أنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن يتنزل عنها بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد حول حقاً للمشترى أو البائع وهو قبض الثمن (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩)

كان العقار لا يزال فى يد البائع وهو الذى يستولى على ثماره . أو سلم إلى المشترى فأصبح هو الذى يقبض هذه الثمار [١] . ومتى ثبت للشفيع الحق فى ثمرات العقار المشفوع فيه من وقت تملكه لهذا العقار ، فعليه من هذا الوقت أيضا تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك ، لأن العقار لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف ، والغرم بالغنم [٢] .

ويبقى الآن تحديد متى يعتبر الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ، حتى يكون من وقت تملكه لهذا العقار مستحقا لثماره فيستردها من المشترى ، وملتزما بأن يرد إليه نفقات الحفظ والصيانة وسائر التكاليف . وهنا تظهر الأهمية العملية لقضاء محكمة النقض الذى استقر على أن حكم الشفعة منشىء لحق الشفيع ، وأن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا من وقت تسجيل هذا الحكم [٣]. فقد رأينا أن محكمة النقض ذهبت فى كثير من أحكامها ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع ، فى غير حالة التراضى ، إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، وبألا سند فى القانون لدعوى الشفيع بريع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه [٤] . فعند محكمة النقض أن ثمار العقار المشفوع فيه تكون من حق المشترى وحده عن المدة السابقة لتاريخ الحكم النهائى القاضى بالشفعة ، ولا محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافى بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائى وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم الاستئنافى ، إذ العبرة فى الحالتين بالحكم النهائى سواء كان ملغيا أو مؤيدا للحكم الابتدائى [٥] .

---

(١) أنظر ص ٧٥٧ – ص ٧٥٨ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ ص ٧٧٥–ص ٧٧٦ – وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٦ مدنى يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته ، فيلزم دفعه فى كل الأحوال لمشترى المشفوع منه » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لأنها تطبيق للقواعد العامة (أنظر آنفاً ص ٧٥٩ هامش ١) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ وفقرة ٢٣٨ ص ٧٥٧ – ص ٧٥٩ .

(٤) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

(٥) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦١ ص ٣٥١ – ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ .

وقد قدمنا أن محكمة النقض لم تعدل عن هذا المبدأ ، حتى بعد أن صدر التقنين المدنى الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة [(١)].

هذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض فى قضائها ، فهى تذهب إلى أن حق الشفيع لا يستقر وإلى أن الشفيع لا يحل محل المشترى إلا عند صدور الحكم النهائى بالشفعة . فمن ذلك الوقت فقط يستحق الشفيع (بعد تسجيل حكم الشفعة) ثمار العقار المشفوع فيه ويرجع بها على المشترى ، ومن ذلك الوقت أيضا يلتزم الشفيع بأن يرد إلى المشترى مصروفات الحفظ والصيانة ونفقات الاستغلال وتحصيل الثمرة ونحو ذلك .

وقد سبق أن استعرضنا الحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى قضائها هذا ، وانتهينا من هذا الاستعراض إلى القول بأن حكم الشفعة ، على عكس ما تذهب إليه محكمة النقض ، كاشف لا منشىء ، وإلى أن حلول الشفيع محل المشترى يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة [(٢)] . وقدمنا أن الشفيع مع ذلك لا تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه إلا إذا سجل الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشترى بها . وذلك سواء حل الشفيع محل المشترى

(١) فقضت بأن ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ مدنى من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لاينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه فى التضييق من حق الشفعة ، وضماناً لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع فى العين المشفوع فيها لايستقر إلا بصدور الحكم له بالشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص فى المادة ٩٤٥ من القانون المدنى الجديد على حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكماً جديداً ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالا محل المشترى فى الرجوع منذ قيام الطلب ، إذ اعتباره كذلك وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة لايجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشترى . الأمر الذى يتنافى مع ماهو مقرر من أن حكم الشفعة منشىء لامقرر لحق الشفيع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشترى قبل الحكم نهائياً بالشفعة (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - وانظر آنفاً ص ٧١٧ - ص ٧١٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣١ .

من وقت البيع على الرأى الذى نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشترى بها على الرأى الذى تقول به محكمة النقض ، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فالملكية فى جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشترى بها ، وهذا هو الذى تفرضه أحكام التسجيل . وتنتقل الملكية من وقت هذا التسجيل بالنسبة إلى الغير ، وهذا بإجماع الآراء أما فيما بين الشفيع والمشترى . والمشترى ليس من الغير بالنسبة إلى الشفيع على الرأى الذى نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلا بالتسجيل ، ولكن إذا تم التسجيل فإنها تنتقل فى رأينا من وقت البيع ، وذلك على خلاف ماذهبت إليه محكمة النقض من أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت التسجيل حتى بالنسبة إلى المشترى [1] .

فى الرأى الذى نقول به تنتقل الملكية إذن ، فيما بين الشفيع والمشترى ، بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشترى بها ، ولكن من وقت البيع لا من وقت التسجيل . فهل يتملك الشفيع الثمار وهى فى يد المشترى من وقت تمام البيع ، كما كان يتملكها لو كانت فى يد البائع كما سبق القول [2] ؟ يختلف موقف الشفيع من المشترى عن موقفه من البائع . ذلك بأن المشترى ، بعد أن ثبت للشفيع الحق فى الشفعة ، يعتبر حائزا للعقار منذ أن يتسلمه . وهو حائز حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وحائز سىء النية بعد هذا الإعلان ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعتبر الشفيع ، بالنسبة إلى المشترى ، مالكا للعقار من وقت البيع كما تقدم القول . فموقف الشفيع من المشترى ، بالنسبة إلى الثمار ، هو إذن موقف المالك من الحائز . وتنص المادة ١/٩٧٨ مدنى على أن « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية » . وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سىء النية مسئولا من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . وعلى ذلك يتملك المشترى الثمار ، فلا يلتزم بردها إلى الشفيع ، إلى وقت إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، إذ يكون عند

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٠ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٧٥٧ – ص ٧٥٨ .

ذلك حائزا حسن النية ، وهو الذى يتحمل التكاليف إلى ذلك الوقت [١] . ومن وقت إعلان المشترى بالرغبة فى الشفعة . يصبح المشترى حائزا سيء النية ، فلا يتملك الثمار . وتكون الثمار من ذلك الوقت للمالك أى للشفيع ، ويستطيع هذا أن يستردها من المشترى ، وعليه ، من ذلك الوقت أيضا ، أن يرد للمشترى التكاليف التى سبق بيانها من مصروفات حفظ وصيانة وغيرها من المصروفات وما أنفقه المشترى فى إنتاج هذه الثمار [٢] .

والحل الذى نقول به هو الحل الذى تمليه النصوص والمبادىء العامة ، وينهض به فوق ذلك اعتباران . الاعتبار الأول هو أنه الحل المنطقى .فالمشترى قبل إعلانه بطلب الشفعة من حقه أن يتصرف تصرف المالك فى العقار الذى اشتراه ، وله بوجه خاص أن يقبض ثماره ولا يكون مسئولا عن ردها لأحد . فاذا ما أعلن بطلب الشفعة تغير موقفه ، ووجب عليه أن يستعد لهذا الطلب ، وأن يواجه احتمال نجاح الشفيع فى أن يأخذ العقار بالشفعة فيطالبه بالثمار من وقت إعلانه بهذا الطلب ،فيكون عندئذ مستعدا لرد هذه الثمار . والاعتبار الثانى هو هذا الحل هو الحل العادل . فقد أصبح الشفيع ، بموجب التقنين الجديد ، ملزما بايداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة [٣] ، أى بعد إعلانه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع غير ملزم بأن يؤدى للمشفوع منه مادفعه من الأموال عن الأطيان المشفوع فيها ، ولا ما أنفقه عليها من مصاريف استغلالها مدة حيازته هو لها وانتفاعه بها (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧١) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى مايأتى : «والشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة : فيملك من وقت البيع الأول . ويعتبر المشترى كأنه لم يملك أصلا ، إلا أنه إذا استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة فهو يتملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت ، ومادام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة فى الأخذ بالشفعة لايملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) .

(٣) وهذا ما حمل بعض الفقهاء على القول بأن الثمار تكون للشفيع من وقت إيداع الثمن ، حتى لايحرم الشفيع من الانتفاع بالثمن ومن ثمار العقار (إسماعيل غانم ص ٩٦ – ص ٩٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣١ ص ٥٠٥ – ص ٥٠٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٤ ص ٣٦٣) . أما سائر الفقهاء الذين يقولون بأن حلول الشفيع محل المشترى يتم وقت صدور الحكم بالشفعة ، فيذهبون إلى أن تكون الثمار للشفيع من وقت صدور هذا الحكم (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٨ – شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١)

المشترى بطلب الشفعة بأيام قليلة . فمن العدل ، وقد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرم نفسه من استغلاله بسبب عدم تسليم المشترى له بالشفعة عن غير حق ، أن يستعيض عن فوائد هذا الثمن باسترداد الثمار من المشترى من وقت أن أصبح هذا حائزا سيء النية ، أى من وقت إعلانه بطلب الشفعة .

§ ٣ – معرفة الشفيع بالغير

٢٤٦ – نص قانونى : تنص المادة ٩٤٧ مدنى على ما يأتى :

« لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار »[1] .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ١٢[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٥١ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٤ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٨ – ص ٤٤١) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٢ : كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده ، بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشرة الآتية ، لا يسرى على الشفيع . ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار . (وأحكام التقنين المدنى الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٤٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ويواجه النص حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى ومتى تسرى فى حق الشفيع . وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التى ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة وتلك التى ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان وقبل ذلك نبحث حالة الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع ومتى تسرى فى حق الشفيع . وهنا أيضا نميز بين الحقوق التى ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة وتلك التى ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان .

وعلى ذلك نبحث المسائل الآتية : (١) الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة . (٢) الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة . (٣) الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة . (٤) الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة

٢٤٧ – الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة : والحقوق العينية التى يمكن أن يرتبها البائع على العقار المشفوع فيه حقوق متنوعة بتنوع التصرفات التى يجريها البائع فى هذا العقار وأبلغ هذه التصرفات هو أن يتصرف البائع فى ملكية العقار نفسها . فيبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه مثلا . وقد تكون التصرفات دون ذلك . بأن يرتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق وقد يترتب على العقار من جانب البائع حق عينى تبعى، كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائنى البائع أو يترتب عليه حق امتياز يكفل دينا فى ذمة البائع . كل هذه حقوق عينية تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع

فإذا ترتب حق منها فإنه يسرى فى حق الشفيع إذا أخذ العقار بالشفعة، بشرط أن صاحب هذا الحق يشهر حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى البائع ، وقبل أن يسجل المشترى عقد شرائه (أو صحيفة

دعواه بصحة التعاقد) ذلك بأن صاحب الحق العينى الذى ترتب على العقار لا يستطيع أن يكشف . عن طريق البحث فى سجلات الشهر العقارى . عن البيع الذى صدر من البائع للمشترى إذ أن المشترى لم يسجل عقد شرائه (أو لم يسجل صحيفة دعواه بصحة التعاقد) . ولا عن طلب الشفعة إذ أن الشفيع لم يسجل إعلان هذا الطلب للبائع . فاذا شهر صاحب هذا الحق حقه . بالتسجيل أو بالقيد بحسب الأحوال . قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة وقبل أن يسجل المشترى عقد شرائه . فان حقه يكون نافذا على كل من الشفيع والمشترى طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل .

فاذا باع البائع مثلا . بعد البيع الأول . العقار ثانية وسجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول عقد شرائه وقبل أن يسجل الشفيع إعلان طلب الشفعة . فان البيع الثانى يكون نافذا فى حق الشفيع . فلا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى . فى مواعيد البيع الثانى وبالثمن الذى ورد فيه وبالشروط التى تم بها . وإذا قايض البائع على العقار المبيع أو وهبه وسجلت المقايضة أو الهبة قبل أن يسجل المشترى وقبل أن يسجل الشفيع . فان المقايضة أو الهبة تسرى فى حق الشفيع . فلا يستطيع هذا أن يأخذ بالشفعة فى البيع الذى انتقض بالمقايضة أو الهبة . ولا فى المقايضة أو الهبة لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى أى منهما . وإذا رتب البائع مثلا حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه . وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق قبل أن يسجل المشترى وقبل أن يسجل الشفيع . فان الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق . وفى هذه الحالة يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وإذا رتب البائع على العقار بعد بيعه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا . أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا فى ذمته . وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشترى وقبل أن يسجل الشفيع . فان هذا الحق يسرى على الشفيع . ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به . ويرجع بضمان الاستحقاق على البائع .

٢٤٨ ـ الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع به من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة : أما إذا ترتب حق عينى على العقار

المشفوع فيه من جانب البائع على الوجه المتقدم ذكره . ولكن صاحب هذا الحق لم يشهره إلا بعد أن سجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة . أو بعد أن سجل المشترى عقد شرائه . فان هذا الحق لا يكون نافذا فى حق الشفيع

فاذا باع البائع ، بعد البيع الأول ، العقار ثانية أو قايض عليه أو وهبه . ولم يجر تسجيل هذا التصرف قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فان التصرف لا ينفذ فى حق الشفيع . والذى يسرى فى حقه هو البيع الأول وحده ، فيأخذ فيه بالشفعة ويمضى فى إجراءاتها إلى النهاية . ويرجع المشترى الثانى أو المقايض أو الموهوب له على البائع بالضمان . طبقا لأحكام القانون . وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة . ولكنه سجل بعد تسجيل المشترى الأول ، فان التصرف لا ينفذ فى حق هذا المشترى طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل . وما دام لا ينفذ فى حق المشترى الأول ، فانه لا ينفذ أيضا فى حق الشفيع الذى حل محل المشترى الأول . ولا يسرى أيضا فى هذه الحالة فى حق الشفيع إلا البيع الأول ، فيأخذ فيه بالشفعة .

وإذا رتب البائع ، بعد البيع ، حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، ولم يسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر له قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فان هذا الحق لا يسرى على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو من حق الارتفاق ، ويرجع صاحب هذا الحق بالضمان على البائع . وكذلك الحكم فيما لو سجل المشترى عقد شرائه قبل تسجيل التصرف الصادر لصاحب حق الانتفاع أو لصاحب حق الارتفاق ، فلا يسرى هذا الحق على المشترى ، ومن ثم لا يسرى على الشفيع .

وإذا رتب البائع على العقار ، بعد بيعه ، رهنا رسميا أو رهنا حيازيا . أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا فى ذمته . ولم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة . أو قبل أن يسجل المشترى عقد شرائه . فان هذا الحق لا يسرى على الشفيع . ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من هذا الحق . وفى هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار . ونقيس

ذلك على حالة ما إذا كان التصرف قد صدر من المشترى طبقاً لأحكام المادة ٩٤٧ مدنى على ما سنرى (١) ، فضلا عن أنه يوجد نص صريح فى هذا المعنى فى خصوص حق الرهن الرسمى (٢) . وفى خصوص حق الاختصاص (٣) ، وفى خصوص حقوق الامتياز (٤) .

٢٤٩ ـ الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة : والمفروض هنا أن الحقوق العينية قد ترتبت على العقار المشفوع فيه على الوجه الذى سبق بسطه (٥) ، من جانب المشترى ، لا من جانب البائع كما كان الأمر فيما تقدم . فإذا ترتبت هذه الحقوق العينية قبل تسجيل إعلان المشترى بطلب الشفعة ، فإنها تسرى فى حق الشفيع كما يستفاد بطريق الدليل العكسى من المادة ٩٤٧ مدنى سالفة الذكر (٦) .

ويتخذ أنصار الرأى القائل بأن حكم الشفعة منشىء لحق الشفيع وبأن المشترى يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه حتى صدور هذا الحكم من هذه القاعدة دليلا على صحة ما يذهبون إليه . فعندهم أنه ما دامت تصرفات المشترى فى الفرض المتقدم تسرى فى حق الشفيع ، فليس ذلك إلا لأن المشترى يعتبر مالكا للعقار وقد تصرف فيه فسرى تصرفه فى حق الشفيع (٧) . وهذا الدليل لا يستقيم ، إذ لو تمسكنا به لنتج عنه أن المشترى وقد بقى مالكا للعقار المشفوع

---

(١) أنظر مايلى فقرة ٢٥٠ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ .

(٢) أنظر م ١٠٥٦ مدنى : « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار » .

(٣) أنظر م ١٠٩٥ مدنى : « . . . ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن من أحكام » .

(٤) أنظر م ١١٣٤ مدنى : « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا يتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق » .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٧ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

(٧) شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ – ص ٢٨٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٠ ص ٤٨٠ – ص ٤٨١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ .

فيه إلى وقت صدور حكم الشفعة وفقا لما يقول به أنصار هذا الرأى ، كان ينبغى أن تسرى تصرفاته فى حق الشفيع ، ليس فحسب التصرفات الصادرة قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة ، بل أيضا التصرفات الصادرة بعد تسجيل هذا الإعلان إذا تمت قبل صدور حكم الشفعة . وهذا ما يخالف صريح نص المادة ٩٤٧ مدنى . هذا إلى أنه يمكن فى كثير من اليسر تبرير نفاذ تصرفات المشترى فى حق الشفيع إذا صدرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة للمشترى بغير التجاء إلى فكرة أن المشترى يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه ، فقد قدمنا أن المشترى ، بعد أن يأخذ الشفيع بالشفعة ، يعتبر منذ إبرام البيع حائزا للعقار المشفوع فيه ويكون بمثابة المالك الظاهر للعقار . وكل من يتعامل معه قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة يكون حسن النية إذا حسبه مالكا . ذلك بأن هذا الغير الذى يتعامل معه لا يستطيع أن يكشف من سجلات الشهر العقارى ، قبل تسجيل هذا الإعلان ، عن أنه مطلوب منه الأخذ بالشفعة . فيكون الغير حسن النية إذا تعامل معه على أساس أنه هو المالك وأن ملكيته غير مهددة . ومن ثم يكون المشترى ، إلى حين تسجيل الإعلان ، فى مركز المالك الظاهر الذى يتعامل مع الغير حسن النية ، فينفذ تعامله فى حق المالك الحقيقى وهو هنا الشفيع . ويرجع الشفيع على المشترى بقاعدة الإثراء بلا سبب ، شأن كل مالك حقيقى عند ما يرجع على المالك الظاهر الذى تسرى تصرفاته فى حقه . فاذا ما سجل إعلان الشفيع للمشترى بطلب الشفعة ، فان من يتعامل مع المشترى بعد هذا التسجيل لا يعتبر حسن النية . إذ كان يمكنه أن يعرف من تسجيل الإعلان أنه يتعامل مع مشتر مطلوب منه الأخذ بالشفعة فلكيته مهددة بالزوال ، وعلى ذلك لا ينفذ تعامله مع هذا المشترى فى حق المالك الحقيقى أى فى حق الشفيع .

ونرى من ذلك أن الحقوق العينية التى تترتب من جانب المشترى ، قبل تسجيل إعلان الشفيع للمشترى بطلب الشفعة ، تسرى فى حق الشفيع . فاذا باع المشترى العقار المشفوع فيه وسجل المشترى من المشترى عقد شرائه قبل تسجيل الإعلان ، فان البيع الثانى ينفذ فى حق الشفيع وينسخ البيع الأول ، ولا يأخذ الشفيع بالشفعة إلا فى البيع الثانى بثمنه وفى مواعيده وطبقا لشروطه .

وقد قدمنا أن هذا صحيح أيضا ، طبقا للمادة ٩٣٨ مدنى ، حتى لو لم يسجل المشترى من المشترى عقد شرائه ، ما دام قد صدر له البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة [١] . وكذلك إذا قايض المشترى ، بعد الشراء ، على العقار أو وهبه ، وسجلت المقايضة أو الهبة قبل تسجيل الرغبة ، فانها تسرى فى حق الشفيع ، فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن الشفعة لا تجوز لا فى المقايضة ولا فى الهبة [٢] .

وإذا رتب المشترى حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر إليه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة . فان الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق . وفى هذه الحالة يرجع على المشترى بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أو بالتعويض إذا صدر التصرف من المشترى بعد إعلانه برغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل هذا الإعلان .

وإذا رتب المشترى على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا فى ذمته ، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، فان هذا الحق يسرى على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به ، ويرجع على المشترى بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض .

٢٥٠ — الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة : وهذا هو الفرض الذى تواجهه مباشرة المادة ٩٤٧ مدنى سالفة الذكر [٣] . فهى تقرر أن الحقوق العينية التى تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لا تسرى فى حق الشفيع . وقد قدمنا أن السبب فى ذلك أن المشترى ، ولو أنه يعتبر مالكا ظاهرا ، إلا أنه يتعامل فى العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا

---

(١) أنظر آنفا ص ٥٢٣ — ص ٥٢٤ .

(٢) ولكن يجوز للشفيع أن يطعن فى هذه التصرفات بالصورية ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق . فإذا ثبتت الصورية لم تسر التصرفات فى حقه (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٠ ص ٤٩٨) .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٢٤٦ .

يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذ كان يمكنه أن يكشف من سجلات الشهر العقارى عن حقيقة مركز المشترى .

وعلى ذلك إذا باع المشترى العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر فى حق الشفيع البيع الثانى الصادر إلى المشترى من المشترى . ويأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الأول ، بثمنه وفى مواعيده وطبقا لشروطه . والمفروض أنه سجل طلب الشفعة فى هذا البيع ، فيمضى فى إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) وذلك لا يمنعه . إذا رأى أن شروط البيع الثانى أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن ينزل عن طلب الشفعة فى البيع الأول ، ويطلبها فى البيع الثانى بثمنه وفى مواعيده وطبقا لشروطه (٢) . وكذلك الحكم فيما إذا قايض المشترى على العقار المشفوع فيه أو وهبه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا تسرى المقايضة أو الهبة فى حق الشفيع ، ويستمر فى الأخذ بالشفعة فى البيع الأول .

وإذا رتب المشترى حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفيع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو حق الاتفاق .

وإذا رتب المشترى على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا فى ذمته ، وكان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفيع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا منه (٣) . وفى هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق

---

(١) أنظر آنفاً ص ٥١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة فى العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع ، تكلها وتحد منها أحكام الشفعة . ولما كان من المقرر أن الشفيع لايحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشترى بعد تسجيل إنذار الشفعة ، وكان إنذار الشفعة قد سجل فى هذه الحالة قبل الإنذار المعلن للشفيع الذى يثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشترى والغير ، وهو الإنذار الذى يعتبر إعمالا لحق اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار . ويكون الحكم الذى يقضى بعدم جواز الإحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيارمن حقوق لمن أدخلوا فى الشراء وبالتالى عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون ، حكماً قائما على أساس قانونى صحيح (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٥ ص ٨٤) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٥١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٨ .

الأولوية على ما آل للمشترى من ثمن العقار فيما إذا كان المشترى قد دفع الثمن للبائع ويريد تقاضيه من الشفيع ، فإن هذا الدائن الذى قيد حقه يتقدم على دائنى المشترى العاديين فى الثمن الذى يكون فى ذمة الشفيع للمشترى أو فى الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة [١] . وفى ذلك تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٧ مدنى كما رأينا [٢] « ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار » .

الفصل الرابع

الحيازة *

(Possession)

تمهيد

٢٥١ - تعريف الحيازة وتكييفها القانونى : كان المشروع التمهيدى

---

(١) ويبنى بعض الفقهاء حق الأولوية للدائن المقيد على أساس أن الثمن حل محل العقار حلولا عينياً (شفيق شحاتة فقرة ٢٧٣ ص ٢٨٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥) . ويذهب بعض آخر إلى أن حق الأولوية إنما هو تطبيق للقواعد العامة فى حق الأولوية ، إذ أن هذا الحق لا يقتصر على الثمن المتحصل من البيع الجبرى ، بل يمتد إلى كل مقابل نقدى للشىء محل الحق (إسماعيل غانم ص ٨٧ - ص ٨٨ - شمس الدين الوكيل فى التأمينات فقرة ٩٠ - فقرة ٩١ - حسن كيرة ص ١٩) .

أما إذا كان المشترى لم يدفع الثمن إلى البائع ، وبه يجب على الشفيع أن يدفع هو الثمن مباشرة إلى البائع ، وهو ملزم على كل حال بإيداعه لحسابه فى خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . وعلى ذلك لا يكون الشفيع مديناً بالثمن للمشترى ، ومن ثم لا محل لأن يكون لدائنى المشترى المقيدين حق الأولوية على الثمن (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٨ ص ٥٠٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

* مراجع : Savigny فى الحيازة (فى القانون الرومانى) ترجمة Staedtler الطبعة السابعة سنة ١٨٦٥ - Ihering فى أساس حماية الحيازة (Fondement de la potcetion possessoire) سنة ١٨٦٥ - وفى دور الإرادة فى الحيازة (Role de la volonté dans la possession) سنة ١٨٩١ - ترجمة Meulenaere - Esmein فى نظريات الحيازة فى ألمانيا فى المجلة التاريخية الجديدة سنة ١٨٧٧ - Saleilles فى العناصر المكونة للحيازة سنة ١٨٩٤ - حيازة المنقول سنة ١٩٠٧ - وفى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ ص ٥٩٢ وسنة ١٩٠٤ ص ٩٣ - Duquesne فى التمييز ما بين الحيازة (possession) والإحراز أو السيطرة المادية (détention) فى القانون الرومانى رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ - Cornil فى الحيازة سنة ١٩٠٥ - Schwab فى النظرية المادية فى الحيازة رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Ferradou فى دور الحيازة فى التقنين المدنى الحديث رسالة من بوردو سنة ١٩٢٨ .

للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يعرف الحيازة ، هو نص المادة ١٣٩٨ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : «الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص مايأتى : « الحيازة هى سيطرة فعلية على شيء أو حق ، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية »[1] . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة مجلس الشيوخ « لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية »[2] .

ويخلص من هذا التعريف أن الحيازة وضع مادى ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق ، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن . والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق . فإن كان حق ملكية ، اختلط الحق بالشيء محل الحق ، وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الرومانى ، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية . وتكون السيطرة الفعلية هنا عن طريق أعمال مادية وهى الأعمال التى يقوم بها المالك عادة فى استعماله لحق الملكية ، فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك . فالشخص يكون حائزا لحق الملكية ، أو للشيء محل هذا الحق ، متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك ، فيسكنه مثلا أو يؤجره إذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ فى الهامش وص ٤٥٠ — وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ١٢٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب مع تعديل لفظى طفيف تحت رقم ١٠٢٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على هذا التعريف «لأنه تعريف ناقص ، وينقصه ركن نية التملك ، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك . وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية » . وجاء فى تقرير اللجنة مايأتى « رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية» . ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٩ فى الهامش) .

(٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدنى عراقى على أن «الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق » .

كان دارا ، ويزرعه أو يعطيه لمن يزرعه بالإيجار أو بالمزارعة إذا كان أرضا زراعية ، ويحرزه وينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعته إذا كان سيارة أو كتابا أو مأكولا أو مشروبا ، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات التي تجوز للمالك . وذلك كله سواء كان هذا الشخص يملك الشيء حقيقة أو لا يملكه ، فلسنا في صدد حق الملكية ، بل في صدد الحيازة المادية لهذا الحق ، أي في صدد استعمال هذا الحق استعمالا فعليا . وإذا لم يكن الحق محل الحيازة حق ملكية ، كأن كان حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى مثلا ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز في أرض الجار أو يأخذ الماء من مروى لجاره لري أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجري في أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها ، وذلك كله سواء كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلا . وما يقال في حق الارتفاق يقال أيضا في حق الانتفاع ، وفي غير حق الارتفاق وحق الانتفاع من الحقوق الأخرى .

والحيازة ، على هذا التعريف ، ليست بحق عيني أو حق شخصي ، بل هي ليست حقا أصلا . فهي كالشفعة ليست بحق ، ولكنها سبب لكسب الحق . وتختلف عن الشفعة في أن الشفعة واقعة مركبة كما سبق القول ، أما الحيازة فتكييفها القانوني أنها واقعة مادية بسيطة (pur fait matériel) تحدث آثارا قانونية[1] . وإذا سايرنا المذهب الشخصي في الحيازة على ما سيجيء ، وقلنا إن هناك عنصرا معنويا للحيازة هو القصد (animus) – قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيازة – فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيازة[2] ، بل المراد أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين . ومؤدى ذلك أن تكون أعمال

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨ هامش ٢ .

(٢) وإلا كانت الإرادة هنا تصرفاً قانونياً . وحتى لو سلمنا بذلك ، لأمكن القول بأن التصرف القانوني قد اختلط بواقعة مادية هي الحيازة المادية أو السيطرة الفعلية . فتكون الحيازة واقعة مختلطة fait mixte عنصر الواقعة المادية فيها هو المتغلب ؛ فتدخل في نطاق الوقائع المادية .

الحائز أعمالا قصدية ، وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالا مادية محضة ، وهى أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية . أما إذا قلنا مع المذهب المادى إن القصد ينصب على الحيازة المادية فى ذاتها كما سنرى ، فإن هذا يكون أشد دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالا مادية محضة . ومن ثم تكون الحيازة ، فى كل من المذهبين ، واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثارا قانونية (١) كما سبق القول .

٢٥٢ – تطور الحيازة لتنطبق على جميع الحقوق : بدأت الحيازة فى القانون الرومانى سيطرة فعلية يباشرها الحائز على شىء مادى على اعتبار أنه مالك لهذا الشىء ، فيحرزه إحرازا ماديا ويباشر عليه سلطة المالك . فكانت الحيازة ، على هذا النحو ، استعمالا لحق الملكية على شىء مادى . ولما كان حق الملكية عند الرومان يختلط بالشىء المادى ، فقد كان الرومان يصورون الحيازة على أنها تقع على الشىء المادى ذاته ، يتصرف فيه الحائز تصرف الملاك فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه ويستهلكه . فكانت الحيازة سلطة مادية محضة ، لا تنطبق إلا على الأشياء المادية . ثم تطور القانون الرومانى ، فأخذ يعترف ، إلى جانب هذه الحيازة للأشياء المادية (possessio rei) ، بنوع آخر من الحيازة ، هى حيازة حق الارتفاق أو حق الانتفاع ، أى استعمال حق الارتفاق أو حق الانتفاع على شىء استعمالا فعليا ، وسمى هذا النوع من الحيازة بحيازة الحق أو شبه الحيازة (possessio juris, quasi-possessio) .

وبقى هذا التمييز ما بين الحيازة وتنطبق على الأشياء المادية ، وشبه الحيازة وتنطبق على حق الارتفاق وغيره من الحقوق العينية ، قائما فى القانون الفرنسى القديم . ونجده قائما حتى فى آخر عهود هذا القانون عند بوتييه ، وهو يميز بين الحيازة وشبه الحيازة (٢) .

---

(١) أنظر فى ترتيب مصادر الحقوق العينية وحصرها فى العمل المادى والتصرف القانونى الوسيط ١ طبعة ثانية فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١ – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ – ص ١١٠ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨ هامش ٢ – مارتى ورينو فقرة ٢٧ .

(٢) بوتييه فى الحيازة فقرة ٣٧ – فقرة ٣٨ – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٩ هامش ٢ .

وعند وضع التقنين المدنى الفرنسى (تقنين نابليون) ، قضى واضعوه على هذا التمييز ، وجعلوا الحيازة وشبه الحيازة شيئا واحدا هو الحيازة . ذلك بأن حيازة الشيء المادى ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشيء ، فهى لا تخرج إذن عن أن تكون حيازة لحق من الحقوق ، هو حق الملكية . ولما كان شبه الحيازة هو حيازة حق عينى آخر غير حق الملكية ، فقد تلاقت الحيازة وشبه الحيازة فى أن كلا منهما هو حيازة لحق عينى ، حق الملكية أو حق عينى آخر . فلا محل إذن للتمييز بين الحيازة وشبه الحيازة ، وتمكن تسمية كل منهما بالحيازة . وهذا ما فعلته المادة ٢٢٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى إذ عرفت الحيازة ، وأدخلت فى نطاقها حيازة الشيء المادى أى حيازة حق الملكية وشبه الحيازة أى حيازة الحقوق العينية الأخرى ، فقالت : « الحيازة هى إحراز شيء أو استعمال حق ، نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بوساطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا »[1] .

ووقف تطور الحيازة عند هذا الحد فى فرنسا . فالحيازة فى القانون الفرنسى هى استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة[2] ، على شيء معين استعمالا فعليا ، بما يقتضيه هذا الاستعمال من أعمال تتفق مع طبيعة الحق العينى المستعمل ، وبما يصحب هذه الأعمال من قصد إلى استعمال هذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز للحق يملك هذا الحق فعلا أو لا يملكه ، فملكية الحق العينى شيء وحيازته شيء آخر . واستقر القانون الفرنسى على أنه لا يخضع للحيازة ، ما يأتى : (١) الحقوق الشخصية ، إذ لا يخضع للحيازة إلا الحقوق العينية كما سبق القول . فالمستأجر والمستعير ليس لأى منهما حق عينى فى العين المؤجرة أو للشيء المعار ، وليس له إلا حق شخصى قبل المؤجر أو المعير ،

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ١٩٣ – فقرة ١٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ – وانظر مشروع التقنين المدنى الفرنسى فى السنة الثامنة للثورة الفرنسية ، وكان أكثر صراحة فى هذا المعنى (Fenet ٢ ص ٤٠٥ م ٩ و ١٠) .

(٢) ويستثنى من الحقوق العينية حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فهذه بطبيعتها غير قابلة للحيازة (أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٠ ص ١٦٣ هامش ٢ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٣ ص ٩٤٧) .

ولا يجوز أن يكون هذا الحق الشخصى محلا للحيازة . وإنما يحوز المستأجر أو المستعير العين المؤجرة أو الشىء المعار حيازة مادية محضة ، والحيازة الصحيحة هى للمؤجر أو المعير يباشرها باسمه ونيابة عنه المستأجر أو المستعير .وما يقال عن « حيازة الحق الشخصى » (possession de la créance) ليس حيازة بالمعنى الصحيح ، وإنما هو تعبير مجازى عن مركز « الدائن الظاهر » ، فمن يظهر أمام الناس أنه هو الدائن يكون بمثابة الحائز للحق الشخصى الذى يدعيه، ولكن لا تنطبق عليه قواعد الحيازة . وذلك ما لم يتجسد الحق الشخصى فى السند المثبت له كالسندات لحاملها ، فعند ذلك يعتبر الحق الشخصى منقولا ماديا ويخضع للحيازة . (٢) الأموال العامة ، فهذه لا يصح أن تكون محلا لحق خاص ، ومن ثم لا تخضع للحيازة . على أن ذلك ليس على إطلاقه ، فالدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تحميها دعاوى الحيازة فى أموالها العامة ، وكذلك من يحصل على ترخيص (concession) فى استعمال المال العام تحميه دعاوى الحيازة ضد الغير لا ضد الجهة الإدارية المرخصة (le concédant). ولكن لا تجوز حيازة الأموال العامة بحيث تؤدى هذه الحيازة إلى تملكها بالتقادم ، فإن الأموال العامة غير قابلة للتملك بالتقادم . (٣) المجموع من المال (universalité) كالتركة والمتجر (fonds de commerce) ، لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعا ، وإن كانت الأعيان التى تكون هذا المجموع تجوز حيازتها كل عين على حدة [١] .

ولكن تطور الحيازة لم يقف عند هذا الحد فى البلاد الجرمانية . فالتقنين المدنى الألمانى والتقنين المدنى السويسرى ، متأثرين بالنظرية المادية للحيازة وهى النظرية التى قال بها إهرنج على ماسنرى ، مدا الحيازة حتى شملت الحقوق الشخصية دون أن تقتصر على الحقوق العينية . فالمستأجر مثلا ، فى هذين التقنينين ، يعتبر حائزا لحقه الشخصى قبل المؤجر بالنسبة إلى العين المؤجرة ،

---

(١) أنظر فى ذلك نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٤ – ١ – ١١٢ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٨ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٠ – فقرة ٢٠١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٣ – مازو فقرة ١٤١٦ .

وتحميه فى حيازته هذه دعاوى الحيازة . وسنرى أن التقنين المدنى المصرى الجديد سار شوطا بعيدا فى هذا الطريق (١) .

٢٥٣ – ما استحدثه التقنين المدنى الجديد فى موضوع الحيازة : ولم يعرض التقنين المدنى السابق لموضوع الحيازة بوجه عام ، بل اقتصر على إيراد بعض آثارها ، وبخاصة فى التقادم وفى تملك المنقول بالحيازة ، دون أن يورد هذه الآثار كاملة . أما التقنين المدنى الجديد فقد عنى بموضوع الحيازة عناية تامة ، فأفرد لها مكانا خاصا ، وأورد أحكامها العامة فى نصوص مستحدثة . ثم بين ما يترتب عليها من الآثار ، ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية ، ومن هنا وضعت الحيازة فى مكانها بين أسباب كسب الملكية (٢) .

٢٥٤ – تقسيم الموضوع : ونبحث الحيازة فى قسمين : (١) الحيازة بوجه عام . (٢) والحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية .

الفرع الأول

الحيازة بوجه عام

٢٥٥ – كسب الحيازة وانتقالها وزوالها – حماية الحيازة فى ذاتها والمفرقة بين الحيازة والملكية : تكسب الحيازة ، وتنتقل من حائز إلى آخر ، وتزول ، كل ذلك على الوجه الذى رسمه القانون .

---

(١) أنظر مايلى فقرة ٢٦٧ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص ماجاء فى المشروع متعلقاً بالحيازة من حيث أحكامها العامة ومن حيث الآثار التى تترتب عليها ، مايأتى : «والحيازة ، من حيث أحكامها العامة ، وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه . وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء . وتكسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادى ، وتنتقل بالاتفاق مصحوباً بالتسليم ، وتزول بزوال السيطرة الفعلية . وقد اتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية ، وخلص إلى ذلك بقرينتين متواليتين ، جعل فى الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، وجعل فى الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية . ووضع قواعد عملية للمفاضلة بين المتنازعين على الحيازة . والحيازة ، من حيث الآثار التى تترتب عليها ، تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل فى العقار والمنقول . فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، وملكية المنقول فى الحال . ويملك الحائز ، فى كل الفروض ، ثمار العين إذا كان حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٧) .

ويحمى القانون الحيازة فى ذاتها ، ولو كان الحائز غير مالك . ويرجع ذلك إلى سببين : (السبب الأول) أن الحائز هو الذى يسيطر سيطرة فعلية على المال الذى يقع فى حيازته . فيجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة ، فلا يعتدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال . وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التى رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز ، فالقانون يحمى الحيازة كما يحمى الملكية ، وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة . ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهرا ، فينتصف لنفسه بنفسه ، ويعكر صفو السلام والأمن العام . بل يجب عليه ، إذا لم يرد الحائز إليه ماله طوعا ،أن يسترده عن طريق القضاء وفقاً للإجراءات التى رسمها القانون فى ذلك (spoliatus ante omnia restituendus)[١] . (والسبب الثانى) أن الحائز للمال ، فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، يكون هو المالك له . وأول مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذى يملكه ، وقل أن يوجد مالك لا يحوز ملكه بنفسه أو بوساطة غيره . لذلك يفرض القانون مبدئيا أن الحائز هو المالك ، فيحمى الملكية عن طريق حماية الحيازة[٢] . ومن أجل ذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس . ففى الأحوال القليلة التى لا يحوز فيها المالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره ، وتكون الملكية فى يد والحيازة فى يد أخرى ، أباح القانون للمالك ، بعد أن يقيم الدليل على ملكيته ، أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك . فحماية الحيازة فى ذاتها إنما هى حماية للملكية ، ولكنها حماية موقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذى فى حيازته ، فعندئذ يرد المال إلى مالكه[٣] .

ونتكلم فى الحيازة بوجه عام فى مبحثين ، نجعل المبحث الأول منهما فى كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ، ونجعل المبحث الثانى فى حماية الحيازة فى ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٨ – فقرة ٢٠٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٤ – مازو فقرة ١٤١٤ – مارتى ورينو فقرة ١٤ ص ٢٢ – كاربونييه ص ١٤٣ .

(٢) إهرنج فى أساس حماية الحيازة ص ٨ – بودرى وتيسييه فقرة ٢١٠ – فقرة ٢١١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٧ – فقرة ٢١٢ بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٤ – مازو فقرة ١٤١٣ – مارتى ورينو فقرة ١٤ – كاربونييه ص ١٤٣ .

المبحث الأول

كسب الحيازة وانتقالها وزوالها

المطلب الأول

كسب الحيازة – الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

٢٥٦ – المسائل التي يتناولها البحث : الحيازة تتكون من عنصرين ، وكسب الحيازة يكون بالجمع ما بين هذين العنصرين . وحتى تكون الحيازة منتجة لآثارها ، وبخاصة حتى تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وحتى تكون سببا لكسب الملكية سواء بنفسها أو عن طريق التقادم ، يجب ألا تكون مشوبة بعيب . والحيازة إذا اقترنت بحسن النية ، كانت أبعد مدى في آثارها عما لو لم تكن مقترنة بحسن النية .

فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) عنصرى الحيازة . (٢) عيوب الحيازة . (٣) الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية .

§ ١ – عنصرا الحيازة

(Eléments de la possession)

٢٥٧ – العنصر المادى والعنصر المعنوى : الحيازة ، كما قدمنا ، تتكون من عنصرين ، أحدهما مادى وهو الإحراز أو السيطرة المادية (corpus) ، والثانى معنوى وهو القصد (animus) [(١)] .

١ – العنصر المادى – السيطرة المادية

٢٥٨ – كيف تتحقق السيطرة المادية : قد تتحقق السيطرة المادية ابتداء ، وقد تتحقق هذه السيطرة انتقالا من الغير . وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل ، وقد يباشرها بواسطة الغير . وتجوز مباشرة السيطرة

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وللحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران : عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

وكما أن الحيازة لا تقوم على مجرد العنصر المادى دون العنصر المعنوى ، كذلك لا تقوم على مجرد العنصر المعنوى دون العنصر المادى (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ – ١ – ٤٥ – مازو فقرة ١٤١٩) .

المادية على الشيوع ثم إذا تحققت السيطرة المادية . فانه يجب على الحائز استبقاؤها .

فهذه جملة من المسائل ، نستعرضها على التعاقب .

٢٥٩ – كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداء : هنا نواجه الفرض الذى يسيطر فيه الشخص سيطرة مادية على الشىء دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره ، فهو يسيطر على الشىء إبتداء . ويستوى فى ذلك أن يكون الشىء مملوكا لشخص آخر أو غير مملوك لأحد [١] ، وأن يكون عقارا أو منقولا . فالحائز يحرز الشىء ويسيطر عليه ، دون أن يستمد هذه السيطرة من أحد .

وتتحقق السيطرة المادية فى هذا الفرض بأن يحرز الحائز الشىء فى يده إحرازا ماديا ، ويباشر فيه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة فى ملكه . فاذا كان الشىء دارا ، دخل فيها واستحوذ عليها ، وسكنها أو أسكن فيها غيره بالإيجار مثلا فيسيطر عليها بواسطة المستأجر كما سيجىء . وإذا كان الشىء أرضا زراعية ، احتلها وزرعها بنفسه أو بواسطة غيره من مزارع أومستأجر [٢] وإذا كان منقولا كسيارة أو كتاب ، أحرز المنقول وجعله فى قبضته ، وباشر عليه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة . هذا كله إذا كان الحائز يستعمل حق الملكية على الشىء . فاذا كان يستعمل حقا آخر . كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التى يقتضيها استعماله . فان كان ارتفاق مرور مثلا أو ارتفاق شرب ، كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلا فى المكان المراد إستعمال الحق فيه ، أو بأخذ المياه فعلا من مروى الجار [٣] .

---

(١) فان كان غير مملوك لأحد ، كانت حيازته استيلاء (occupation) ، فيكسب الحائز ملكية الشىء فوراً عن هذا الطريق .

(٢) ولكن مجرد أخذ أتربه أوسباخ من الأرض مرة أو أكثر لا يكفى لتحقق الحيازة (استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٧ ص ٤٦٥ – استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٢) وكذلك لا يكفى لتحقق مجرد دفع الضرائب المستحقة على العقار (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٧ . م ٩ ص ١٣٠)

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٦ ص ٥٤

ولابد ، فى الفرض الذى نحن بصدده ، من عمل مادى إيجابى يستحوذ به الحائز على الشىء . فلا يكفى مجرد التمكن من الاستحواذ ، دون الاستحواذ فعلا . وقبل الاستحواذ الفعلى لا يمكن القول بأن العنصر المادى ، وهو السيطرة المادية ، قد تحقق[1] .

٢٦٠ - كيف تتحقق السيطرة المادية انتقالا من الغير - إمالة : وهنا نواجه فرضا يختلف عن الفرض السابق ، فى أن الشخص لا يسيطر على الشىء إبتداء كما هو الأمر فى الفرض السابق ، بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذى له السيطرة المادية على الشىء ثم نقلها إليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقارا أو منقولا فى حيازته لشخص آخر ، ويسلم الشىء المبيع إلى المشترى . ففى هذا المثل كانت السيطرة المادية على الشىء للبائع سواء كان مالكا للشىء أو غير مالك ، ثم نقل هذه السيطرة إلى المشترى بتسليمه المبيع له . ولا يشترط فى هذا الفرض ، كما اشترط فى الفرض السابق ، الاستحواذ الفعلى على الشىء ، بل يكفى مجرد التمكن من الاستحواذ . فاذا كان المبيع دارا ، فانه يكفى لنقل السيطرة المادية على الدار للمشترى أن تسلم له مفاتيحها وسند الملكية ، فتنتقل السيطرة المادية للمشترى بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتمكنه من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل[2] . وإذا كان المبيع جواهر أو حليا ، فان السيطرة المادية على المبيع تنتقل إلى المشترى بتسليمه مفتاح الصندوق أو الخزانة التى تحتوى على الجواهر أو الحلى ، فيتمكن بذلك من الاستحواذ عليها دون حاجة إلى الاستحواذ عليها بالفعل .

---

(١) ترولون فقرة ٢٥١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض فضاء وليست من الأراضى التى لم يسبق الملك فيها لأحد ، بل هى من الأراضى التى تلقيت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين ، فيكفى فى ثبوت وضع اليد عليها القيام ، مع عدم المنازع ، بانشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها . وإذن فالحكم الذى لا يكتفى فى ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر ، بل يشترط تسويرها على الأقل ، يكون حكماً مخطئاً فى تكييف وضع اليد ويتعين نقضه (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤)

وسنبحث هذه المسألة فى تفصيل أوفى عند الكلام فى انتقال الحيازة ، فنحيل هنا إلى ما ستذكره هناك (١) .

٢٦١ – السيطرة المادية بواسطة الغير – نص قانونى : تنص المادة ٩٥١ مدنى على ما يأتى :

١ – « تصح الحيازة بالوساطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » .

٢ – « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء بها » (٢) .

---

(١) أنظر مايلى فقرة ٢٩٧ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمتثل لأوامره فيما يتعلق بالشىء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة . ٢ – وعند الشك يفترض أن الشخص قد حاز لنفسه ، وأنه إذا استمر فى حيازته يبقى حائزاً لنفسه » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على النحو الآتى : « ١ – كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بالشىء أو الحق الواردة عليه الحيازة . ٢ – وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرار الحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء بها » . وأصبح رقمها فى المشروع النهائى ١٠٢٦ . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دارت مناقشة طويلة فى ورود الحيازة على الشىء ، وانقسمت الآراء . فرأى ذهب إلى وجوب بقاء هذه الحيازة لأن الحيازة قد ترد على الشىء دون الحق ، ورأى قال بالحذف لأن الحيازة فى كل صورها تكون على الحق سواء كان حق انتفاع أو حق ملكية ، وإذا كانت التشريعات الأجنبية تستعمل عبارة حيازة على الشىء فلأنها تجارى الرأى العام الذى يصرف الحيازة إلى الشىء . وقد لقى الرأى القائل بالحذف موافقة أغلبية اللجنة . وورد فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ : « حذفت من الفقرة الأولى عبارة : كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة . واستعيض عنها بعبارة تصح الحيازة بالواسطة . وحذف عبارة : بالشىء أو بالحق الواردة عليه الحيازة . واستعيض عنها بعبارة : بهذه الحيازة ، لأنها أدق فى الإعراب عن المقصود بالنص ، فالمراد هو أن يأتمر الوسيط بأوامر الحائز بالأصالة فيما يتعلق بهذه الحيازة ، لا فيما يتعلق بالشىء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة » . وأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٩٥١ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ – ص ٤٥٦) .

ويخلص من هذا النص أن الأصل فى الحائز أن يباشر السيطرة المادية بنفسه ، أى أنه يستعمل بنفسه استعمالا فعليا على الوجه الذى قدمناه الحق الخاضع لحيازته ، سواء كان حق ملكية أو كان حقا آخر . ولكن يقع مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة (corpore aliens) ، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلا به اتصال التابع بالمتبوع ، ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية . ويجتمع عند الحائز فى هذه الحالة عنصرا الحيازة : العنصر المعنوى وهو القصد وسيأتى بيانه ولا ينوب عنه فيه أحد ، والعنصر المادى وهو السيطرة المادية ويباشرها بالوساطة . ومن ثم يبقى الحائز الأصلى هو الحائز ، وتنتج الحيازة آثارها القانونية فى شخصه . أما الوسيط فى السيطرة المادية فليس بحائز ، وليس لديه إلا السيطرة المادية ، وهذه السيطرة أيضا [illegible] شرها باسمه وإنما يباشرها باسم الحائز الأصلى .

والأمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة . من ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه ، فهؤلاء يستولون عادة على منقولات يحصلون عليها باسم مخدومهم أو متبوعهم فى أثناء تأدية أعمالهم ، فتدخل فى حيازة المخدوم أو المتبوع ويباشر هذا السيطرة المادية على المنقولات بواسطة أتباعه . ويبقى عنده العنصر المعنوى للحيازة ، ويكفى أن يكون قصدا عاما فى حيازة مايستولى عليه الأتباع من المنقولات باسمه ، حتى قبل أن يعلم باستيلائهم عليها . فيكون عنده العنصر المعنوى مباشرة وهو القصد ، والعنصر المادى بالواسطة وهو السيطرة المادية[1] .

= ولامقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٤ – ويدخل ضمن الأتباع سائق السيارة فهو يحوز السيارة حيازة مادية لحساب متبوعه ويحوز صاحب السيارة سيارته بواسطة السائق ، وكذلك ناظر الزراعة ويحوز صاحب الأرض بواسطته الأرض الزراعية .

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا حصل وكيل عنه على حيازة شيء اشتراه له مثلا فى حدود الوكالة ، ما دام الوكيل يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء . وما لم يعلن الوكيل أنه اشترى الشيء لنفسه وحازه لحسابه ، فانه يعتبر قد اشتراه لموكله وحازه لحساب الموكل . ويدخل الشيء فى حيازة الموكل حتى قبل أن يعلم هذا أن الوكيل قد حازه ، بل قبل أن يعلم أن الوكيل قد اشتراه [١] . أما إذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة أو كان فضوليا ، فان الشيء لايدخل فى حيازة الموكل أو حيازة رب العمل إلا فى الوقت الذى يعلم فيه أن الوكيل أو الفضولى قد حاز الشيء ويقر فيه هذا العمل [٢] .

كذلك يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان قاصرا أو محجورا عليه وكان مميزا ، فيباشر باسمه السيطرة المادية الولى أو الوصى أو القيم [٣] .

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان شخصا معنويا ، فيباشر باسمه السيطرة المادية المديرون أو الأشخاص الذين يفوضون فى ذلك [٤] . وقد قضى بأن المجالس المحلية تباشر السيطرة المادية على الطرق العامة الداخلة فى حيازتها ، لا بوساطة ممثليها فحسب ، بل أيضا بوساطة الناس الذين يغدون ويروحون فى هذه الطرق والذين يستعملونها وفقا لما أعدت له [٥] .

---

(١) ويترتب على ذلك أن الموكل يعتبر حائزاً للشيء من وقت حيازة الوكيل له ، ويبدأ من هذا الوقت سريان التقادم لصالح الموكل (بودرى وتيسييه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٣–ص ١٨٤) .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٢ – ص ١٨٣ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز للولى على القاصر أن يتمسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية . وأما تمسك الخصم بقول المادة ٧٦ مدنى (قديم) بأن يكون واضع اليد ظاهراً بنفسه وأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية بسبب أنه فاقد الأهلية التى تخوله معرفة الصالح لأمواله من الضار بها ، فمردود بأن ولى أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذى يقوم بوضع اليد نيابة عنه (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧) .

(٤) ولايجوز لهؤلاء أن يكسبوا بالتقادم لمصلحتهم ملكية أموال الشخص المعنوى (بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٧) .

(٥) نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ – ١ – ٢٤١ – ٢٥ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ – ١ – ١٦٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٩ .

هذا ونص المادة ٩٥١ مدنى سالف الذكر مقصور على الوسيط الذى يباشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلا به اتصال التابع بالمتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة ، كما هو الأمر فى الأمثلة التى قدمناها . أما إذا كان الوسيط يتمتع بشىء من حرية التصرف ، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، فانه لا يعتبر وسيطا بالمعنى الوارد فى المادة ٩٥١ مدنى ، بل هو حائز عرضى (possesseur à titre précaire) فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو . فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر ، ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العينى أو حق المستأجر الشخصى . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتى [1] .

والسيطرة المادية بواسطة الغير [2] لا تفترض . فاذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره ، فيكون هو الحائز إذ يجتمع عنده إلى جانب العنصر المادى العنصر المعنوى . وعلى من يدعى أنه هو الذى يوجد عنده العنصر المعنوى ، وأن الذى يباشر السيطرة المادية إنما يباشرها نيابة عنه ، أن يثبت ذلك [3] . وإذا ما ثبت أن

---

(١) أنظر مايلى فقرة ٢٧٠ – أما المادة ٩٥١ مدنى سالفة الذكر فهى مقتبسة من المادة ٨٥٥ من التقنين المدنى الألمانى ، وهذا نصها : « إذا باشر شخص السيطرة المادية على شىء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤديها فى منزل المخدوم أو فى صناعة المتبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن يأتمر بالأوامر التى يتلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشىء ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً » . وقد تشبع التقنين الألمانى فى هذا النص بالنظرية المادية للحيازة ، فجعل الحائز لحساب غيره فى الأصل حائزاً حيازة صحيحة ، ثم استثنى من ذلك حيازة الخدم والعمال والأتباع وغيرهم ممن يأتمرون بأمر المخدوم أو المتبوع فجعل حيازتهم مجرد إحرازاً détention ، وجعل الحيازة الصحيحة possession عند المخدوم أو المتبوع (أنظر مايلى فقرة ٢٦٦ و فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٠) .

(٢) وسنرى فيما يلى (أنظر فقرة ٢٦٩) أن للعنصر المعنوى للحيازة ، بخلاف العنصر المادى أى السيطرة المادية ، يكون عند الحائز أصلا ، ولا يباشره عنه غيره بالواسطة . وذلك ما لم يكن الشخص عديم التمييز ، كالطفل غير المميز والمجنون ، فيجوز أن يكسب الحيازة فى عنصريها المعنوى والمادى عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية ، أى عن طريق الولى أو الوصى أو القيم (أنظر م ٩٥٠ مدنى) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٢ .

شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره ، فانه يبقى مباشرا لها بهذه الصفة ، ويفترض فيه أنه مستمر فى مباشرة السيطرة المادية بالوساطة عن غيره. فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه الأصل الذى تقوم عليه مباشرته للسيطرة المادية ، وذلك ما لم تتغير صفته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يدل فى وضوح على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه [1] . وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدنى كما رأينا : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحيازة سابقة إفترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء بها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والقاعدة أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه ، ويبقى حائزا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره ، أو أنه أصبح يحوز لغيره » [2] .

٢٦٢ — السيطرة المادية على الشيوع : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا ، هو المادة ١٤٠٢ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا شائعا ، أو حازوا جميعا حقا واحدا ، جاز لكل منهم أن يقوم بالأعمال التى تترتب على حيازة الشىء أو الحق على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يجوز لهم من تلك الأعمال » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « كما تكون الملكية شائعة تكون الحيازة أيضا شائعة ، فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع . ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحيازة ، بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال » . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة « تجنبا للتفصيلات » [3] .

فالنص قد حذف إذن لأنه تطبيق تفصيلى للقواعد العامة ، فحذفه لا يمنع من العمل به . والحائز على الشيوع يكون عنده العنصران المعنوى والمادى

---

(١) وهذا ما يسمى بتغير صفة الحيازة interversion du titre (م ٩٧٢ مدنى : أنظر مايلى فقرة ٢٧٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٤ فى الهامش .

الحيازة ، ولكنه فى العنصر المعنوى يقصد استعمال الحق شائعا مع غيره لا خالصا لنفسه ، وفى العنصر المادى يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه . فيقوم بالأعمال المادية للحيازة ، بشرط ألا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضا بها . مثل ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر ، فيسكنان الدار معاً ، ويؤجرانها معاً ، وقد يقتسمانها فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية فيستقل كل منهما بسكنى طابق إذا كانت الدار تشتمل على طابقين ، أو قسمة مهايأة زمانية فينتفع كل منهما بالدار مدة معينة على التعاقب .

والحيازة على الشيوع على هذا النحو لا تنتج من الآثار إلا مايتفق مع هذا الشيوع . فلا تحمى حيازة كل شخص بدعاوى الحيازة إلا على أساس أنها حيازة على الشيوع ، فكما تحمى حيازة أحد الشريكين تحمى أيضا حيازة الآخر على اعتبار أن حيازة كل منهما شائعة . كذلك لا يكسب أحد الشريكين الحق بالتقادم إلا شائعا ، فيملك نصفه مثلا أو ثلثه شائعا إذا توافرت شروط التقادم(١).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الشركاء فى الشيوع واضعاً يده على جزء معين تسهيلا لطريق الانتفاع ، فهو يمتلك فى هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه فى المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقى مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل فى المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة أنه معادل له فى الحقوق فى الأرض . بل كل ماله – إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد العدول عنها – أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فاذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلهذا الشريك ، فى سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشترى من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشترى وشأنه فى اتخاذ مايراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١ ص ٦٠) . وقضت أيضاً بأن الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب المفرز فيه ، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائزه على وجه التخصيص والانفراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً فى ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام . فاذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعياً حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه ، جاز أن يتملكوه بالتقادم سواء اشتركوا فى حيازته المادية =

وهذا لا يمنع أحد الشريكين من أن يغير بعمل منه صفة الشيوع ، إذا كان هذا العمل يدل فى وضوح على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه . وعند ذلك تحمى حيازته بدعاوى الحيازة على أنها حيازة خالصة له لا شائعة ، ويكسب الحق كله خالصا بالتقادم إذا توافرت شروطه (١) .

أوناب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض . هذا إذا لم يكن المالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبيه ، أما إذا كان للمالك يد على العقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدى إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح . لكن هذا الفرض ينتفى كما تنتفى مظنة التسامح من جانب المالك ، إذا كان الغير الذى زحمه فى ملكه قد استطاع أن يحوز حصة شائعة فى عقاره استقرت على مناهضة حق المالك ومناقضته على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح ، وعندئذ تكون الحيازة صالحة لأن تكون أساساً لتملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقادم (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ٩٧) . وقضت أخيراً بأن الحيازة فى عنصرها المادى تقتضى السيطرة الفعلية على الشىء الذى يجوز التعامل فيه ، وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشىء . ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة فى أجزاء المال المشترك إلى أن تتميز بالفعل عند حصول القسمة ، فان هذه الحصة يصح ، على ماجرى به قضاء محكمة النقض، أن تكون محلا لأن يحوزها شخص على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤١ ص ١٠٦ — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٥ — ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ — ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ — ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب من ورثوا معه ، فهو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون ، وهى الظهور والهدوء والاستمرار ونية التملك . والبحث فى تحقق هذه الشرائط متروك لقاضى الدعوى لتعلقه بالموضوع ، ولا شأن لمحكمة النقض معه إذا هو قد أقام قضاءه فى ذلك على ما يكفى لتبريره (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الشريك لا يمكنه أن يكسب بوضع اليد ملكية العين من غير أن يكون واضحاً من تصرفاته ما إذا كانت صادرة منه بصفته شريكاً أو مالكاً مستقلا ، فاذا تبين أن الشريك تجاوز حدود حقه واستغل العين باعتباره مالكاً لها بمفرده ، كانفراده بالتصرف وجحوده حق شريكه بأى عمل من شأنه أن يقطع بنيته فى التملك على صورة واضحة غير مبهمة non équivoque ، فانه يتملك العين لا محالة لانقطاع كل شك فى طبيعة وضع يده (استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨) — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة

والحيازة فى الشيوع هى ، كما رأينا ، حيازة يشترك فيها شخصان أو أكثر ، كل منهم يحوز الحق شائعا مع سائر شركائه . ومن ثم لا يجوز أن يحوز شخصان شيئا واحدا إلا على أساس أنهما يحوزانه على الشيوع ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز جزءا مفرزا من هذا الشيء ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز حقا على الشيء غير الحق الذى يحوزه الآخر فيحوز أحدهما مثلا حق الانتفاع والآخر حق الرقبة . أما أن يحوز كل منهما الشيء كله خالصا لنفسه فهذا لا يجوز ، لأن حيازة أحدهما للشيء كله خالصا له تمنع من حيازة الآخر لنفس الشيء على هذا النحو . فاذا اغتصب شخص من المالك أرضه ، أصبح هو الحائز وحده للأرض . أما المالك فقد تجرد من الحيازة ، مع استبقائه لحق الملكية حتى يكسبه الحائز هو أيضا بالتقادم[1] . ولا يوجد إلا استثناء واحد من هذه القاعدة ، هو أن يغتصب شخص الحيازة من شخص آخر فيصبح هو الحائز ، ويجوز فى الوقت ذاته لمن فقد الحيازة أن يطلب فى خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه بدعوى استرداد الحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . فنى هذه الحالة يعتبر كل من الحائز الفعلى والحائز الذى فقد الحيازة حائزا لنفس الشيء ، دون أن يكونا حائزين على الشيوع . أما الحائز الفعلى فحيازته هى الحيازة الفعلية الواقعة ، وأما من فقد الحيازة فحيازته تتمثل فى إمكان استرداد الحيازة التى فقدها فى خلال السنة فاذا ما استردها اعتبر كأنه لم يفقدها أبدا[2] .

٢٦٣ – استبقاء السيطرة المادية : ومتى تحققت السيطرة المادية لشخص على شيء ، عقارا كان الشيء أو منقولا ، فانها تبقى مادامت لم تنقطع . فيستبقى الشخص السيطرة المادية على المنقول ، مادام فى قبضة يده ولم يخرج من حوزته . ويستبقيها على العقار مادام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد ، حتى لو انقطع عن استعمال العقار فترات معينة ، تطول أو تقصر ، ويكفى استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة (animo retinetur poasessio)

= المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٧ – استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٨٧ ص ٦٠٤ – ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ .

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٦ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٦ ص ١٦٩ .

فما دام الشخص متمكنا من حيازة الشيء والسيطرة عليه سيطرة مادية ، فانه يستبقى العنصر المادى ما دام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد (solo animo) [١] . فاذا كان الشيء دارا وانقطع الحائز عن سكناها ، أو أرضا وانقطع عن زراعتها ، فانه يبقى مع ذلك محتفظا بعنصر السيطرة المادية على الدار أو على الأرض ، مادام يبقى متمكنا من العودة إلى سكنى الدار أو إلى زراعة الأرض . ولا تزول السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكن من ذلك ، كأن إستولى شخص آخر على الدار أو الأرض ومضى على فقد الشخص الأول لحيازته أكثر من سنة ، أو إلا إذا ترك الحائز الدار أو الأرض ففقد بذلك عنصر القصد . فانقطاع الشخص عن سكنى الدار مدة ولو طالت مع تمكنه من العودة إلى سكناها ، وانقطاعه عن زراعة الأرض سنوات ولو تعددت مع تمكنه من العودة إلى زراعتها ، قد يشوب الحيازة بعيب التقطع (discontinuité) فلا تنتج أثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم كما سيجيء ، ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة فى ذاتها ، بل يبقى محتفظا بعنصريها ، عنصر السيطرة المادية الذى استبقاه بتمكنه من العودة إلى هذه السيطرة ، وعنصر القصد الذى لا يضيعه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يستخلص من ذلك أن الشخص قد فقد هذا العنصر [٢] .

وإذا بوشرت السيطرة المادية بالواسطة ، فانها تبقى حتى لو تجرد الوسيط عن الحيازة أو مات أو أصبح عديم التمييز ، ما دام أجنبي لم يستول على هذه السيطرة المادية [٣] .

وقد يتوقف العنصران لعارض طارىء ، كأن يفقد الحائز التمييز فيفقد عنصر القصد وعنصر السيطرة المادية معاً ، ومع ذلك تستمر الحيازة باقية

---

(١) نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٩ – ٧٢ – ١١ يناير سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ١٢٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ١ – ٢٤٧ – ٩ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ – ١ – ٤٤٩ – بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٨ – واستبقاء السيطرة المادية على هذا النحو ، أى بالاحتفاظ بعنصر القصد ومجرد التمكن من العودة إلى السيطرة المادية ، مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع (بودرى وتيسيه فقرة ٢٣١) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٠ .

لا تنقطع ما دام النائب قانونا عن الحائز . من ولى أو وصى أو قيم ، ناب عنه فى خلال وقت معقول فى استبقاء العنصرين . فإذا تبين فقد التمييز كلا العنصرين بالوساطة[1] .

ب – العنصر المعنوى – القصد

٢٦٤ – كيف يتحقق عنصر القصد : يتحقق العنصر المعنوى ، وهو عنصر القصد (animus) ، فى النظرية التقليدية وهى النظرية الشخصية ، بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية للحيازة بقصد استعمال الحق الذى يريد حيازته. وإلى جانب هذه النظرية الشخصية التى تمثلها سافينى ، توجد النظرية المادية التى يمثلها إهرنج . وقد وقف التقنين المدنى المصرى الجديد موقفا معينا من هاتين النظريتين . ولا يعتبر استعمال الرخصة من المباحات ولا أعمال التسامح منطوية على عنصر القصد . فلا تقوم الحيازة على هذه الأعمال لانعدام العنصر المعنوى . وعنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصيا ، فلا ينوب عنه غيره فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز ولا يعتبر عنصر القصد متوافرا عند الحائز العرضى (possesseur prècaire) وهو الحائز لحساب غيره ، مالم تتغير صفة الحيازة العارضة فينقلب الحائز العرضى إلى حائز لحساب نفسه .

هذه هى المسائل التى نبحثها فى خصوص العنصر المعنوى .

٢٦٥ – النظرية الشخصية فى عنصر القصد : هذه هى النظرية التقليدية فى الحيازة ، وهى النظرية التى يأخذ بها التقنين المدنى الفرنسى والتقنينات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه . وتذهب إلى أن للحيازة عنصرا معنويا إلى جانب العنصر المادى ، وإلى أنه لا تكفى لتحقق الحيازة السيطرة المادية (corpus) وهى العنصر المادى ، بل يجب إلى جانب هذا العنصر المادى توافر عنصر معنوى وهو عنصر القصد (animus) . والمقصود بعنصر القصد ، فى هذه النظرية الشخصية ، أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه . فإذا كان الحق هو حق الملكية – وهو يختلط كما قدمنا بالشىء ذاته طبقا للتقاليد الرومانية

(١) بودرى وتبسييه فقرة ٢٢٩ .

الموروثة – وجب أن يتوافر عند الحائز قصد استعمال حق الملكية لحسابه (animus domini) ، فيتصرف فى الشىء تصرف الملاك ، يستعمله ويستغله ويستهلكه كما يفعل المالك . وإذا كان الحق هو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، وجب أن يتصرف الحائز كما لو كان هو صاحب الحق وقد توافرت عنده نية استعماله لحساب نفسه . فالقصد إذن هو نية الحائز فى أن يستعمل الحق لحساب نفسه (animus rem sibi habendi) ، سواء كان حق ملكية أو حقا آخر . فالحائز لحساب غيره ، كالمستأجر و المستعير والمودع عنده ، لا يتوافر عنده عنصر القصد ، إذ هو لا يستعمل الشىء لحساب نفسه ، بل يستعمله لحساب المؤجر أو المعير أو المودع .

ولم يكن القانون الرومانى يتطلب توافر عنصر القصد بالمعنى المتقدم ، بل كان يحمى الحيازة حيث تكون حمايتها نافعة ، دون حاجة إلى توافر هذا العنصر [١] .

أما القانون الفرنسى القديم فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيازة ، وقد أشار إليه فقهاء هذا القانون صراحة . بل إن أحدهم ، وهو Dunod ، استعمل التعبير الدال على ذلك ، فذكر عبارة animus domini وعبارة animus rem sibi habendi ، ولم يكن سافينى هو أول من استعمل هذه التعبيرات . وقد ذكر Domat قبل ذلك أن الحيازة الحقيقية هى إحراز الشخص الشىء على أساس أنه هو المالك له ، فاذا أحرز شخص شيئا لحساب غيره ، كالمستأجر وصاحب حق الإنتفاع ، فانه لا يكون عنده إلا مجرد الإحراز ، أما الحائز فهو هذا الغير الذى عنده قصد التصرف كما لك والذى يحرز الشىء بوساطة المستأجر أو صاحب حق الانتفاع [٢] . وقال Pothier فى هذا المعنى إنه لا يجوز الخلط بين الحيازة الطبيعية (prosseion naturelle) وبين مجرد إحراز (détention) الشخص لشىء لحساب غيره وباسم هذا

---

(١) جيرار ص ٢٥٩ و ص ٢٦١ - كيك فى المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسى والقوانين الأجنبية سنة ١٨٩٤ ص ٥ .

(٢) دوما فى القوانين المدنية الكتاب الثالث الباب السابع .

الغير كما هو شأن المستأجر والمودع عنده والمستعير . فاحراز هؤلاء الأشخاص للشيء المؤجر لهم أو المودع عندهم أو المعار إياهم ليس إلا مجرد إحراز (mera custodia) ، لأنهم لا يحرزون الشيء لحسابهم ، بل لحساب من أجر الشيء أو أودعه أو أعاره . والمؤجر أو المودع أو المعير هو الحائز ، ويحرز الشيء عن طريقهم وبوساطتهم [١] .

وانتقل وجوب توافر عنصر القصد فى الحيازة من القانون الفرنسى القديم إلى التقنين المدنى الفرنسى ، ويتبين ذلك من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لهذا التقنين [٢] . وأصبح الآن مقرراً فى القانون الفرنسى أن العنصر المعنوى ، وهو عنصر القصد ، لا بد من توافره لقيام الحيازة [٣] . فلا بد أن يكون عند الحائز نية استعمال الحق لحساب نفسه ، فاذا انعدمت هذه النية لم تقم الحيازة ولما كانت النية تتعلق بالشخص ، فقد سميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية . ونادى بها سافينى حتى أنها عرفت باسمه ، فعنده أن عنصر القصد هذا هو العنصر الجوهرى فى الحيازة ، وهو الذى يقلب مجرد السيطرة المادية إلى حيازة صحيحة تنتج آثارها . أما من يحرز الشيء لحساب الغير فلا يتوافر عنده عنصر قصد الحيازة لحساب نفسه (animus domini) ، وليس لديه إلا نية الإحراز لحساب الغير (animus detinendi) [٤] .

٢٦٦ – النظرية المادية فى عنصر القصد : وقد عارض إهرنج ، بما سماه النظرية المادية (théorie objective) فى القصد ، النظرية الشخصية (théorie subjective) التى عرفت باسم سافينى فيما قدمناه . فعند

---

(١) بوتييه فى الحيازة .

(٢) أنظر Lorré ١٦ ص ٥٥٨ وص ٥٦١ .

(٣) وليس من الضرورى أن يتوافر عنصر القصد بالنسبة إلى شيء بالذات ، بل يكفى أن يتوافر قصد عام إلى حيازة الأشياء التى اتخذت تدابير خاصة لحيازتها . فيعتبر الشخص حائزاً للمراسلات التى أودعت فى صندوق بريده ، حتى قبل أن يعلم أن هذه المراسلات قد أودعت فى صندوق البريد (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٥ ص ٩١٤) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦١ – ص ١٦٢ .

إهرنج [١] ليس عنصر القصد عنصراً مستقلا عن عنصر السيطرة المادية ، بل إن هذا العنصر الثانى يتضمن ضرورة العنصر الأول . فالسيطرة المادية هى الحيازة بذاتها ، وإذا كانت هناك إرادة أو نية أو قصد فى الحيازة ، فليست هذه الإرادة أو القصد إلا فى الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز لتحقيق سيطرته ، إذ أن هذه الأعمال يجب أن تكون أعمالا إرادية قصدية . فالنائم لا يحوز ما يلقى فى يده فى أثناء نومه ، والسجين لا يحوز ما يقيده من الأغلال . وكذلك عديم التمييز لا يستطيع حيازة شيء بنفسه لأنه لا إرادة له ، والأعمال المادية التى يقوم بها تكون أعمالا غير إرادية . وهو لا يحوز إلا بوساطة الغير ، فينوب عنه الولى أو الوصى أو القيم فى الأعمال الإرادية التى تتحقق بها الحيازة. وكل من يسيطر على شيء سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية قصدية يكون حائزاً له ، سواء كان يحوز الشيء لحساب نفسه أو لحساب الغير . فالمستأجر أو المستعير يعتبر حائزاً ، لأنه يسيطر على الشيء سيطرة مادية وينتفع به . ولا يمنع من أن يكون حائزاً أنه لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر أو المعير ، إذ أن إهرنج لا يشترط فى الحيازة عنصر القصد بالمعنى المفهوم فى النظرية الشخصية . وقد رأينا أن عنصر القصد فى النظرية الشخصية معناه أن يحوز الشخص لحساب نفسه ، أما عنصر القصد فى النظرية المادية فمعناه كما قدمنا أن تكون الأعمال المادية التى يسيطر بها الشخص على الشيء أعمالا إرادية قصدية ، سواء كان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره [٢] ويقول إهرنج إن هذا كان هو الحكم فى القانون الرومانى ، فلم يكن هذا القانون يشترط فى الحيازة عنصر القصد بالمعنى الذى تقول به النظرية الشخصية، وكان الحائز لحساب غيره كالحائز لحساب نفسه كل منهما يعتبر حائزاً . ولم يكن

---

(١) أنظر إهرنج فى دور الإرادة فى الحيازة (ترجمة Meulenaere) – وفى الحيازة نظرية مبسطة فى متناول جميع الناس (أعمال مختارة ترجمة Meulenaere جزء٢ ص ٢١٥ وما بعدها) – وانظر أيضاً Cornil فى الحيازة ص ٣٠ وما بعدها وص ٧٠ وما بعدها .

(٢) وقد يختار تشريع معين أن يحمى حيازة الشخص لحساب نفسه دون أن يحمى حيازة الشخص لحساب غيره ، ولكن ذلك لا يمنع فى نظر إهرنج من أن الحيازة تتحقق فى كل من الفرضين ، وتكون حيازة الشخص لحساب غيره حيازة صحيحة ولكنها حيازة لا يحميها القانون (بودرى وتيسييه فقرة ١٩٩ مكررة أولا) .

القانون الرومانى يميز بين السيطرة المادية (détention) والحيازة (pssession) ، فالسيطرة المادية عنده هى الحيازة و[illegible] كانت لحساب الغير. وكان القانون الرومانى يحمى الحيازة بهذا المعنى حيث تكون حمايتها نافعة[1] ، فتارة يحمى الحائز لحساب الغير إذا كان يتمتع فى حيازته بشىء من حرية التصرف ، وتارة لا يحميه إذا كان فى حيازته مجرد تابع لا يصدر إلا عن رأى متبوعه وطبقا للتعليمات التى يتلقاها منه كما هو شأن الخادم والعامل والرسول.

ويذهب إهرنج ، تبعا لذلك ، إلى أن الذى يميز الحيازة(possession) عن مجرد الإحراز (détention) ليس هو وجود قصد الحائز فى أن يحوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية ، فإن وجود هذا القصد ليس ضروريا لقيام الحيازة ، وقد يحوز الشخص لحساب غيره ومع ذلك يعتبر حائزا بالمعنى الصحيح . ولكن قد يحرز الشخص شيئا ويكون فى إحرازه إياه مجرد أداة فى يد الغير يحوز الشىء باسمه ولحسابه ، فيكون هذا العنصر عاملا سلبيا يستبعد الحيازة الصحيحة (causa possessione) فتنقلب إلى مجرد إحراز (causa détentionis) . أما حيث لا يكشف القاضى عن هذا العامل السلبى الذى يستبعد الحيازة ، فقد وجب عليه أن يعتبر الحيازة قائمة لمجرد قيام مظهر خارجى محسوس من السيطرة المادية ، وتكون هذه السيطرة المادية هى الحيازة ذاتها . ومن ثم سمى إهرنج نظريته بالنظرية المادية .

ولعل أهم نتيجة عملية للنظرية المادية هى جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة ، حيث لا تحميه النظرية الشخصية . وأهم تطبيق لهذه النتيجة العملية هو حماية حيازة المستأجر ، إذ المستأجر لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر ، ومن ثم لا تحميه النظرية الشخصية ، أما النظرية المادية فتحميه بجميع دعاوى الحيازة[2] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٥ .

(٢) وقد تأثرت التقنينات الجرمانية بالنظرية المادية للحيازة تأثراً بعيداً ، بل هى قد أخذت بها فى نصوص صريحة . فى التقنين المدنى الألمانى تعرف الحيازة بأنها السيطرة الفعلية على الشىء Pouvoir de fait (م ٨٣٤ مدنى ألمانى) ، فكل من له هذه السيطرة الفعلية يكون حائزاً ، حتى لو كان حائزاً لحساب غيره ، كصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن رهن حيازة والمستأجر –

٢٦٧ - موقف التقنين المدنى المصرى الجديد من النظريتين الشخصية والمادية : الآن وقد استعرضنا النظريتين الشخصية والمادية فى العنصر المعنوى

= والمودع عنده . ثم تنص المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه «إذا حاز شخص شيئاً بصفته صاحب حق انتفاع أو دائناً مرتهناً رهن حيازة أو مزارعاً أو مستأجراً أو مودعاً عنده ، أو حازه بأية صفة مماثلة أخرى تجعل له الحق أو تلزمه نحو الغير بأن يحوزه حيازة موقتة ، فان هذا الغير يعتبر هو أيضاً حائزاً للشيء» . ويميز التقنين المدنى الألمانى ، كما تميز النظرية المادية ، الحيازة (posesion) من مجرد الإحراز (détention) . فقد يحوز الشخص شيئاً ويكون فى إحرازه إياه مجرد أداة فى يد الغير ، فيكون ذلك عاملا سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة فتكون مجرد إحراز. وتنص المادة ٨٥٥ من هذا التقنين فى هذا المعنى ، كما رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ فى الهامش) على أنه «إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤديها فى منزل المخدوم أو صناعة المتبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن يأتمر بالأوامر التى يتلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشيء ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً» . وأخذ التقنين المدنى السويسرى هو أيضاً بالنظرية المادية . فنص فى المادة ٩١٩ منه على أن «من له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته» . ونص فى المادة ٩٢٠ منه على أنه «إذا سلم الحائز الشيء للغير ، ليولية عليه حق ارتفاق أوحق رهن حيازة أوحقاً شخصياً ، فكل من الاثنين يكون حائزاً للشيء» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين السويسرى : «إن الذى يعنى المشرع هو الحيازة فى ذاتها مجردة عن أية صفة أخرى غير تلك التى تستمد من الواقعة المادية التى أوجدت الحيازة . وما زاد على ذلك لا يعنى المشرع ونية الحائز مسألة تخرج من نطاق القانون» (Huber : التقنين المدنى السويسرى - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٦٩٤ وص ١٩٥) ويختلف التقنين المدنى السويسرى عن التقنين المدنى الألمانى فى أمرين هامين : (الأمر الأول) أن التقنين السويسرى يقرر فى نصوص صريحة جواز حيازة الحقوق الشخصية ، فترد الحيازة على الحق الشخصى وورودها على الحق العينى . (والأمر الثانى) أن التقنين السويسرى لايفرق ، كما فرق التقنين الألمانى ، بين حيازة الشخص لحساب نفسه كحيازة المستأجر وحيازة التابع لحساب متبوعه كحيازة الخدم والأتباع . ولايعتبر ، كما اعتبر التقنين الألمانى ، الحيازة الأولى حيازة صحيحة (posession) والحيازة الأخرى مجرد إحراز (détention) . بل كل من الحيازتين فى نظر التقنين السويسرى حيازة صحيحة ، وما دامت هناك سيطرة مادية على الشيء فهذه السيطرة تكون حيازة جديرة بأن تحميها دعاوى الحيازة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٤ - ص ١٦٥) .

أنظر فى الدفاع عن النظرية الشخصية فى وجه النظرية المادية وفى وجوب استبقاء عنصر القصد فى الحيازة : بودرى وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً - وانظر فى أن النظرية المادية ، وإن كانت تنفضل فى مجموعها النظرية الشخصية ، تنطوى على كثير من الصعوبات فى التطبيق ، وفى أنه يجب على كل حال توسيع النظرية الشخصية حتى تتسنى حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة : بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ .

الحيازة وهو عنصر القصد ، نقف قليلا لنتعرف ماهو موقف التقنين المدنى المصرى الجديد من هاتين النظريتين (١) .

لا شك فى أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد قد أخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية ، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهى امتداد الحيازة إلى الحقوق الشخصية وعدم اقتصارها على الحقوق العينية. ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملى ، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصى ، وحمى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة (٢) . وللتدليل على ماذكرناه نقدم ما يأتى :

أولا – كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ١٣٩٨ منه ، يعرف الحيازة على الوجه الآتى : « الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى(٣) نجد أن هذا النص مقتبس من المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من التقنين المدنى السويسرى ، وهما مادتان

---

(١) والذى يذهب إليه جمهور الفقهاء فى مصر هو أن التقنين المدنى الجديد قد أخذ ، كالتقنين المدنى السابق ، بالنظرية الشخصية (أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٩ – ص ٥٠٢ – إسماعيل غانم ص ١٠١ – ص ١٠٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٢ ص ٣٧٧ – ص ٣٧٩ – حسن كيرة ص ٨٥ – رمزى سيف الوجيز فى المرافعات طبعة ١٩٥٧ فقرة ١٣٩ وفقرة ١٥٦ – أحمد أبو الوفا فى المرافعات طبعة ١٩٥٥ فقرة ١١٤ – أحمد مسلم فى أصول المرافعات طبعة ١٩٥٩ فقرة ٣٠٦ – فقرة ٣٠٧) . وهناك من يذهب إلى أن التقنين المدنى الجديد قد أخذ بالنظرية المادية للحيازة ، فيحتمى الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة كما يحتمى بها الحائز لحساب نفسه (عبد المنعم الشرقاوى فى المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٥٩) .وهناك أخيراً من يذهب إلى أن التقنين المدنى الجديد لم ينحز إلى جانب أى من النظريتين ، بل اتخذ موقفاً وسطاً بينهما (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٤٠) .

(٢) وقد كان توسع المشروع التمهيدى فى الحيازة على هذا النحو ، واستمداده هذا التوسع من النظرية المادية ، هو القدر المقبول الذى يحقق التوازن ما بين النظريتين الشخصية والمادية ، ويأخذ من كل منهما بالقسط الصالح ، وهو ما يميل الفقه الفرنسى إلى الأخذ به (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ – ص ١٦٦ – وانظر آنفاً فقرة ٢٦٦ فى آخرها فى الهامش) .

(٣) أنظر مشروع تنقيح القانون المدنى – مذكرة إيضاحية الجزء الرابع ص ٢١٧ .

متأثرتان إلى حد بعيد جدا بالنظرية المادية[١] . والعبارة الأخيرة الواردة فى نص المشروع التمهيدى ، وهى « أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق » ، قصد بها استعمال أى حق ، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا ، جريا على نهج نصوص التقنين المدنى السويسري سالفة الذكر . ويقطع فى ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ١٣٩٨ المشار إليها : « الحيازة هى سيطرة فعلية على شيء أو حق . فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية [٢] » . فالمادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصرها على الحقوق العينية ، متأثرة فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة التى تأثرت بها نصوص التقنين المدنى السويسرى ، مافى ذلك من ريب [٣] . ولكن يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتنق النظرية المادية اعتناقا تاما وأن يهجر النظرية الشخصية ، فان المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، بعد أن ذكرت أن الحيازة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعددت شروط الحيازة ، قالت ما يأتى : « وللحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نيه استعمال حق من الحقوق[٤] » . وفى هذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية . وتعريف

---

(١) أنظر آنفاً ص ٨٠٧ هامش ٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠ .

(٣) ومما يقطع فى أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية أن مشروع المادة ٩٦٤ مدنى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : «وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أوعينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق . ولكن لايجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ – ٤٨٤) . ولاشك فى أن هذا النص ، لواستبقى ، لكان يصبح دليلا قاطعاً على أن الحيازة ، كما تتناول الحقوق العينية ، تتناول أيضاً الحقوق الشخصية . وهو على كل حال لم يحذف إلا اكتفاء بالقواعد العامة ، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بحذفه أن ترفض ماورد فيه من الأحكام .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١ .

العنصر المعنوى للحيازة على النحو الذى تقرره هذه النظرية (١) .

ثانيا – بقى المشروع التمهيدى متأثرا بالنظرية المادية فى الحيازة ، فاعتبر الحيازة لحساب الغير كحيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) كما تقضى بذلك النظرية المادية ، ولم يعتبرها مجرد إحراز (détention) كما تقضى بذلك النظرية الشخصية . ولم يستثن من ذلك إلا حيازة الخدم والعمال والأتباع الذين يأتمرون بأوامر مخدوميهم ومتبوعيهم ، فاعتبر هذه الحيازة مجرد إحراز وهذا ماتقضى به النظرية المادية فى الحيازة كما رأينا (٢) . وقد نصت المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهى مقتبسة من المادة ٨٥٥ مدنى ألمانى المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيما يأتى : « لا تدوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزما أن يمتثل لأوامره فيما يتعلق بالشىء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة » . وقد أشير فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر ، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصى لحساب نفسه ، وقد ورد فى هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمستأجر ، ويحوز للمالك حق الملكية » (٣) .

ثالثا – وأبلغ أثر للنظرية المادية فى المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على إعتبار حيازة المستأجر حيازة صحيحة (posseion) لا مجرد إحراز (détention) نتيجته المنطقية ، وهى حماية حيازة المستأجر لحقه

---

(١) ويقطع فى استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد فى الحيازة أن المشروع التمهيدى المادة ٩٦٣ مدنى جرى على الوجه الآتى : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شىء واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معيبة » . وهذا النص يقرر فى وضوح أن الحيازة المادية المجردة من عنصر القصد ليست إلا قرينة على الحيازة القانونية المقترنة بعنصر القصد ، فتكون الحيازة إذن مشتملة على عنصرين ، عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد . وقد استبقى هذا النص بعد تعديلات لفظية غير ذات بال ، فى التقنين المدنى الجديد كما سنرى (أنظر مايلى ص ٨١٥ هامش ٢) ، واستبقاؤه دليل على أن الحيازة المادية فى هذا التقنين ليست إلا مجرد قرينة على الحيازة القانونية أى الحيازة المقترنة بعنصر القصد .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

الشخصى بجميع دعاوى الحيازة . فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدى قد مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، أخذا فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة . وقد نصت المادة ١/٧٧٤ من المشروع فى هذا الخصوص على ما يأتى : « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبى ، ما دام المتعرض لا يدعى حقا ، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق فى أن يقاضى باسمه المتعرض مطالبا بالتعويض ، وبما له من حق فى أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد[1] » .

ويستخلص مما قدمناه أن المشروع التمهيدى قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة ، فاستبقى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق ، وأخذ من النظرية المادية التوسع فى نطاق الحيازة ومدها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية . فهل بقيت الحال على ما كانت عليه فى المشروع التمهيدى عندما أصبح هذا المشروع تقنينا مدنيا وتشريعا معمولا به ؟ لننظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها فى المشروع التمهيدى ، لنرى هل بقيت على حالها فى التقنين المدنى الجديد ، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية :

١ — ففيما يتعلق بالنص الأول (م ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى) ، وهو النص الخاص بتعريف الحيازة ، سار النص فى مراحله التشريعية حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فلقى اعتراضا « لأنه تعريف ناقص » وينقصه ركن التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط ، وترك الحيازة بنية التملك . وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية » . وقررت اللجنة حذف النص « اكتفاء بالتعريف المقرر للحيازة فى الفقه » ، وورد فى تقريرها : « رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية »[2] . ويخلص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك فى التعريف ، إذ كان التعريف لا يذكر إلا السيطرة المادية أى العنصر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ — ص ٤٤٩ فى الهامش — وانظر آنفاً فقرة ٢٥١

المادى، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية . ولما طالت المناقشة ، ولم يتغلب رأى على آخر ، لا الرأى المتشبع بالنظرية الشخصية تشبعا تاما ولا الرأى الذى يميل إلى الأخذ بالنظرية المادية ، حذف النص وترك الأمر للفقه يقول رأيه فيه . وعلى ذلك لا يعتبر حذف هذا النص دليلا على استبقاء النظرية الشخصية فى الحيازة ، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية ، بل إن الأمر فى ذلك متروك للفقه .

٢ – وفيما يتعلق بنص المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهو النص الخاص بحيازة الخدم والأتباع لحساب مخدوميهم ومتبوعيهم وباعتبار هذه الحيازة مجرد إحراز مادى لاحيازة بالمعنى الصحيح ، اقتصر على تعديل النص تعديلا لفظيا فى لجنة المراجعة . وفى لجنة مجلس الشيوخ ناقش الأعضاء طويلا فى ورود الحيازة على الشىء دون الحق ، فقال بعض بأن الحيازة قد ترد على الشىء دون الحق ، وقال بعض آخر بأن الحيازة فى كل صورها تكون على الحق وبأن حيازة الشىء ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشىء . وقد لقى هذا الرأى الأخير موافقة أغلبية اللجنة ، فحذفت كلمة « الشىء » التى تصاحب كلمة « الحق » اكتفاء بالكلمة الأخيرة[1] . ويلاحظ أن هذه هى الخطة التى اتبعت دائما حيث ذكرت كلمة « الشىء » سابقة على كلمة « الحق » ، فان كلمة « الشىء » تحذف لأن حيازة « الشىء » ليست إلا حيازة حق الملكية ، ولم يكن حذف كلمة « الشىء » سببه استبعاد النظرية المادية والأخذ بالنظرية الشخصية كما ذهب بعض الفقهاء[2] ويستخلص من بقاء نص المشروع التمهيدى كما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ – ص ٤٥٦ .

(٢) أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ – ويبدو أنه يعتقد أن النظرية المادية لاتقرا بحيازة الحق وإنما تقول بحيازة الشىء ، والذى يقول بحيازة الحق هو النظرية الشخصية فهو يقرر ، التدليل على صحة نظره من أن التقنين المدنى الجديد لم يأخذ بالنظرية المادية لأنه جعل الحيازة فى جميع صورها لا ترد إلا على الحقوق ، مايأتى : « وأبلغ من ذلك فى الدلالة على صحة نظرنا ، إذا احتاج النهار إلى دليل ، أن المادة ٩٥٢ التى تتكلم عن انتقال الحيازة أضيفت إليها فى لجنة المراجعة عبارة مؤداها أن الحيازة تنتقل بمجرد تغيير نية الحائز ، وهى ولو لم يكن هناك تسلم مادى . كما صرحت لجنة المشروع المدنى لمجلس الشيوخ على أن تحذف من مشروع هذا النص كلمة الشىء التى وردت فيه قبل كلمة الحق ، حرصاً منها على اتساق خطتها »

هو – فيما عدا بعض تعديلات لفظية – فى التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٥١ منه ، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتمييز فى الحيازة لحساب الغير بين الحيازة بالمعنى الصحيح (possession) كحيازة صاحب حق الانتفاع وحيازة المستأجر ، وبين مجرد الإحراز المادى (détention) كحيازة الخدم والأتباع . ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد قد بقى يحمل آثار النظرية المادية فى الأخذ ببعض مبادئها .

٣ – وفيما يتعلق بنص المادة ١/٧٧٤ من المشروع التمهيدى ، وهى الخاصة بحق المستأجر وأن حيازته تحمى بجميع دعاوى الحيازة ، استبقى النص كما هو – فيما عدا بعض تعديلات لفظية أجرتها لجنة المراجعة – فى التقنين المدنى الجديد فى المادة ١/٥٧٥ منه . ويستخلص من بقاء هذا النص فى التقنين المدنى الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية ، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، فمد بذلك الحيازة إلى الحقوق

= السابقة التى تجعل الحيازة فى كل صورها لا ترد إلا على الحقوق » (محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٤) . والصحيح أن لجنة مجلس الشيوخ ، كما بينا فى المتن ، اعتبرت أن حيازة الشىء ليست إلا حيازة حق الملكية فى هذا الشىء ، فالحيازة إذن لا تقع على الشىء وإنما تقع على الحق . فحذفت كلمة الشىء مكتفية بكلمة الحق لهذا السبب ، لا لأنها أرادت أن تتحاشى الأخذ بالنظرية المادية . ولا شك فى أن كلا من النظريتين الشخصية والمادية تقول بحيازة الشىء وبحيازة الحق ، لا فرق بينهما فى ذلك . والتقنينان المدنيان الألمانى والسويسرى ، وهما التقنينان اللذان أخذا بالنظرية المادية فى نصوص صريحة ، كما يقولان بحيازة الشىء يقولان أيضاً بحيازة الحق . فى التقنين المدنى الألمانى تجوز حيازة حق الارتفاق (م ١٠٢٩) ، كما تجوز حيازة حق الانتفاع وحق رهن الحيازة وحق المستأجر وحق المودع لديه (م ٨٦٨) . وفى التقنين المدنى السويسرى تجوز حيازة حق الارتفاق وحق رهن الحيازة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية (م ٩٢٠) . والذى يميز بين النظرية الشخصية والنظرية المادية هو تفسير عنصر القصد أو النية . فتبرزه النظرية الأولى وتشترط أن تكون نية الحائز هى أن يحوز لحساب نفسه ، فالحائز لحساب غيره هو حائز عرضى ، ولا تعتبر حيازته حيازة صحيحة بل هى مجرد إحراز مادى لا تحميه دعاوى الحيازة . أما النظرية المادية فتدمج عنصر النية فى عنصر الحيازة المادية على الوجه الذى سبق بيانه ، وتجعل حيازة الحائز لحساب غيره حيازة صحيحة تحميها دعاوى الحيازة ، ما لم يكن الحائز خادماً أو تابعاً فتجعل الحيازة الصحيحة فى هذه الحالة عند المخدوم أو المتبوع . وكذلك التقنين المدنى الفرنسى ، وهو التقنين الذى أخذ بالنظرية الشخصية ، يقول بحيازة الشىء وبحيازة الحق ، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٢٢٢٨ منه كما هو معروف .

الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، وقد تأثر فى ذلك تاثرا ظاهرا بالنظرية المادية (١) .

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدنى الجديد ، ولو أنه أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجبَ لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوى وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق(٢) ، قد تأثر تأثرا كبيرا بالنظرية المادية . فمد الحيازة ، أخذا بهذه النظرية : إلى الحقوق الشخصية ، ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية . وأخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية ، إذ حمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة فى المادة ١/٥٧٥ منه ، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها حماية بالمعنى الصحيح (possession) تحمى بجميع دعاوى الحيازة . وميز فى الوقت ذاته ، فى الحيازة لحساب الغير ، بين الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر ، ومجرد الإحراز المادى (détention) كما هو الأمر فى حيازة الخدم والأتباع لحساب مخدوميهم ومتبوعيهم ، وذلك فى المادة ٩٥١ منه ، وقد أخذ فى ذلك بالنظرية المادية (٣) .

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٢٧١ ص ٣٥٤ – ص ٣٥٦ وفقرة ٢٨٢ ص ٣٧٢ .

(٢) ويدل على ذلك أن المادة ٩٦٣ مدنى قابلت ما بين الحيازة المشتملة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية ، حين نصت على أنه «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة موقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة » . انظر فى هذا المعنى أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص ١٢٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨٧ ص ٥٠١ .

(٣) وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبتغى حماية يده بدعاوى الحيازة فلا تكفى حيازة عرضية ، أما ما أباحه القانون المدنى فى المادة ٥٧٥ للمستأجر وهو حائز عرضى من رفع دعاوى الحيازة فانما جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ عام ، وذلك لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازياً والمودع لديه (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ ص ٥١٧ – وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩ ص ١٠٦) ، فان حكمها هذا يستوقف النظر . ذلك بأن المستأجر لا تحميه دعاوى الحيازة فى حق الملكية ، لأنه حائز عرضى بالنسبة إلى هذا الحق . وإنما تحميه هذه الدعاوى فى حقه كمستأجر ، لأنه فيه حائز أصيل . فهو إذن لم يجىء استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض ، بل جاء تطبيقاً للمبدأ العام الذى يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضى . وكذلك يجب =

٢٦٨ - انتفاء عنصر القصد فى إتيانه الرخصة من المباحات وفى أعمال التسامح نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدنى على ما يأتى :

« لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح » (١) .

وهذا النص يميز بين عملين : (١) عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . (٢) وعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح . ويشترك العملان فى أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة ، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد يتخلف فى العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلف عنصريها معاً ، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف فى العمل الثانى فلا تقوم الحيازة لتخلف أحد عنصريها .

والعمل الذى يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات (acte de pure faculté) هو عمل يكون للشخص الحرية التامة فى أن يأتيه أولا

= أن يعامل المرتهن حيازة ، فهو حائز عرضى بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمى حيازته لهذا الحق وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحمى باعتباره حائزاً لهذا الحق .

ومهما يكن من أمر هذا الجدل ، فان العبرة بالحلول العملية التى أوردها المشرع ، فهى التى يجب الوقوف عندها ، دون إغراق فى الاهتمام بالعبارات والتقسيمات) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً ص ١٦٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة ، أو عمل يتحمله الشخص على سبيل التسامح » . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ١/١٠٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢١ - ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٥١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/١١٤٥ : ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة ، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه . وكذلك لا تقوم على أعمال متقطعة . (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

يأتيه ، فاذا أتاه لم يكن لأحد أن يمنعه منه . فهو إذن فى إتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لأحد ، ولا يتحمل منه أحد هذا العمل على سبيل التسامح . بل إن العمل محض رخصة يأتيها ، فلا هو فى إتيانها حاز حقا لأحد ولو مجرد حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر قصد استعمال حق لأحد ، ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة لتخلف عنصريها كما سبق القول . من ذلك أن يقيم شخص حائطا على حدود ملكه يفصل بينه وبين جاره ويفتح فى هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه ، فهو فى فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حق لأحد ولم يقع بها فعلا أى اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة فى هذه الحالة ولا يكسب حقا قبل الجار ، ويجوز للجار حتى لو بقى المنور مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر أن يقيم حائطا فى حدود ملكه يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم (١) . ومثل آخر للرخصة يأتيها الشخص فلا تقوم له حيازة ولا يكسب حقا أن يفتح مطلا مستوفيا القيد المسافة ، فهو فى ذلك إنما يستعمل رخصة فى حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا فى حدود ملكه دون أن يبعد عن هذه الحدود بالمسافة القانونية ، لأن صاحب المطل لم يكسب حقا قبل جاره بفتحه المطل إذ هو لم يأت فى ذلك إلا برخصة من المباحات (٢) . ولكن الجار لا يستطيع أن يفتح فى الحائط الذى

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٨١ ص ٧٩٠ – وانظر استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٣٠ ص ١٢٧ – ٢٤ نوفبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٣٢٢ – طنطا الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ – نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١ – ١ – ٦٥٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٧٧ ص ٢١٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٢ ص ٩٤٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المطل لا يعتبر ارتفاقاً للعقار المطل على العقار المطل عليه متى كان مفتوحاً على المسافة القانونية ، أما فتح المطل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلا من التصرفات التى يملكها كل مالك فى ملكه ، له نفعه وعليه خطره . ولابد ، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمطل يكسب بالتقادم ، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور ، وانتفاء شبهة الاقتصار فى الانتفاع بالمطل على القدر الذى تركه فاتحه من ملكه بينه وبين جاره . وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين ، ومن شأنه الحد من مجال النظر من المطل . فاذا فتح المالك فى ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع =

أقامه فى حدود ملكه مطلا لأنه لا يكون فى حدود المسافة القانونية . وعليه إذا أراد فتح مطل فى هذا الحائط أن يبتعد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، أو أن يقتصر على فتح منور إذا أقام الحائط فى حدود ملكه [١] .

ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة على إتيان رخصة من المباحات أن الشخص يأتى رخصة ، أى يقوم بعمل إيجابى ، ولكن هذا العمل لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقا بالتقادم كما قدمنا . وهناك صورة عكس ذلك ، يمتنع فيها الشخص عن إتيان رخصة من المباحات ، أى يقوم بعمل سلبى . وفى هذه

= وجود سور للجار يقابلها ، فانه ، مهما يكن فى هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر على ملك الجار ، إنما يكون مخاطراً فى فتحه هذه النوافذ ، من جهة قصور عمله هذا فى الدلالة على معنى التعدى (empiètement) الذى هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانونى على حق ارتفاق بالمطل يراد كسبه بمضى المدة على ملك الغير ، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على عدم تهاون صاحبه فى أن تطل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه فى البناء على نهاية ملكه فى كل وقت . ولا يرد على ذلك بأن صاحب السور بتراخيه فى ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه فى هذا الترميم ، وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من كسب حق عليه ، إذ حق المالك فى ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ، ولا يتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١) — وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٦٥ ص ١٣٧ — اسكندرية الكلية ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ — طنطا الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ — مصر الكلية ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ٢٣ رقم ٣٣٧ ص ١٢٥٤ .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٣ — وانظر نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٨٩ ص ٨٤١ — ولا يوجد فى مصر حق مسيل بالنسبة إلى المياه التى تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضى المرتفعة ، كمياه الأمطار . فاذا تحمل صاحب الأرض المنخفضة مسيل هذه المياه على سبيل التسامح ، لم يكسب صاحب الأرض المرتفعة حق ارتفاق بالمسيل ولو بقيت المياه تسيل فى الأرض المنخفضة خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا انتفع صاحب الأرض المنخفضة بالمياه التى تسيل فى أرضه ، فان هذا عمل يعد رخصة من المباحات يأتيها دون أن يكسب بها حقاً . فلو بقى ينتفع بهذه المياه خمس عشرة سنة أو أكثر ، وأراد صاحب الأرض المرتفعة بعد انقضاء هذه المدة أن يمنع عنه هذه المياه ، بأن يقيم مثلا سداً يحول دون سيلها فى الأرض المنخفضة ، فليس لصاحب الأرض المنخفضة أن يتمسك بأنه كسب حق ارتفاق لأنه ظل ينتفع بالمياه خمس عشرة سنة ، فهو فى انتفاعه بهذه المياه إنما أتى كما قدمنا برخصة من المباحات لا يكسب بها حقاً (بودرى وتيسيه فقرة ٢٧٧)

الحالة لا نكون بصدد عدم كسب حق عن طريق التقادم المكسب ، بل نكون بصدد عدم سقوط حق عن طريق التقادم المسقط . مثل ذلك أن يكون لمالك الأرض حق البناء عليها وأن يعلى بناءه كما يشاء فى الحدود التى ترسمها اللوائح والقوانين ، فهذه رخصة لمالك الأرض له ألا يأتيها : فاذا هو لم يقم على أرضه بناء وتركها فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر : فان رخصته فى البناء لا تسقط بالتقادم المسقط ، ويستطيع أن يقيم بناء على أرضه فى أى وقت شاء . ولا يستطيع جاره أن يحتج بأنه بقى ينتفع بمجاورته لأرض فضاء لا تحول دون الرؤية إلى مدى واسع مدة خمس عشرة سنة ، وبأنه كسب حق ارتفاق على جاره بعدم البناء (servitude non aedificandi, non altius tollendi) على هذا النحو. ومثل ذلك أيضا أن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، فهذه رخصة ، للجار ألا يأتيها مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ولا تسقط رخصته فى طلب وضع الحدود بانقضاء هذه المدة ، وتبقى دعوى تعيين الحدود غير قابلة للسقوط بالتقادم [١] . ومثل ذلك أخيرا أن للجار الذى لم يساهم فى نفقات تعلية الحائط المشترك أن يصبح شريكا فى الجزء المعلى (م ٨١٦ مدنى) فهذه أيضا رخصة للجار ألا يأتيها ، فاذا هو لم يأتها وانقضت على التعلية مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، لا تسقط رخصته فى أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى ولو بعد انقضاء هذه المدة [٢] . ففى هذه الأمثلة وغيرها [٣] لسنا فى صدد إتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقا بالتقادم كما فى الأمثلة المتقدمة ، بل نحن فى صدد عدم إتيان رخصة من المباحات والرخصة إذا لم تستعمل لا تسقط بالتقادم [٤] .

---

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٥٨ ص ٧٤٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٦٠٨ ص ١٠٠١ .

(٣) وذلك كحق الشريك فى طلب قسمة المال الشائع فهذه رخصة ، وحق الجار فى طلب حق المرور أو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل عندما تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فهذه كلها رخص للشخص أن يستعملها أو ألا يستعملها . وهى لا تسقط بالتقادم لم تستعمل .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ١٦١ – فقرة ١٧٤ وفقرة ٢٧٩ – فقرة ٢٨١ .

وننتقل الآن إلى الأعمال التى يتحملها الغير على سبيل التسامح (actes de simple tolérance) . وهذه الأعمال ، بخلاف إتيان الرخص من المباحات ، تتضمن حيازة مادية لحق من حقوق الغير ، ففيها إذن اعتداء على هذا الحق . ولكن صاحب الحق لا يحمل هذه الحيازة المادية على محمل الاعتداء ، بل يتحملها على سبيل التسامح . وكذلك من يقوم بهذه الحيازة المادية يتجرد من عنصر القصد ، فهو لا يقصد استعمال الحق بل يقتصر على القيام بعمل مادى رخص له فيه صاحبه ولو ترخيصا ضمنيا وتسامح معه فيه ، حفاظا منه على حسن العشرة ومراعاة لحسن الجوار . فتكون الحيازة هنا قد تجردت من أحد عنصريها وهو عنصر القصد ، فقام العنصر المادى وتخلف العنصر المعنوى،[١] فهى إذن لا تقوم[٢] . مثل ذلك أن يختار صاحب الأرض المحبوسة ممرا له ، لا فى العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانونى بل فى عقار آخر ، أو أن تكون الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ولكن صاحبها يمر فى أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فاذا بقى صاحب الأرض فى هاتين الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فانه يكسب بالتقادم حق ارتفاق بالمرور فى الأرض التى بقى يمر فيها طول هذه المدة . وذلك مالم يثبت أن مرور صاحب الأرض كان على سبيل التسامح ولم يكن عند هذا الأخير قصد استعمال حق ارتفاق بالمرور ، فعند ذلك تكون حيازته لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلايكسب أى حق[٣] . ومثل ذلك أيضا أن يفتح الجار مطلا أو منورا فى الحائط المشترك ،

---

(١) إسماعيل غ ص ١٠٥ .

(٢) وقد قضت نة استئناف مصر بأنه إذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضى المبانى ، وكان مدعى وضع اليد عليها يتمتع بها أكثر من أنه شغلها بسيارات وحدائد وغير ذلك من أدوات ورشته الملاصقة لها ، ولانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملكها ، إذ أنه من قبيل الأفعال التى تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب أحدهم حقاً قبل الآخر مهما طال الزمن عليها (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٢١ المحاماة ١٢ رقم ٤٤ ص ٦٩) . وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٢ – بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(٣) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٧ – الوسيط ٨ فقرة ٤٧١ ص ٧٧١ – ص ٧٧٢ . وقد جاء فى المذكرة

وبقى المطل أو المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم ، فإن الجار يكسب حق الارتفاق بالمطل أو بالمنور فى الحائط المشترك . وذلك ما لم يكن جاره الشريك فى الحائط قد تركه يفتح المطل أو المنور على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة المطل أو النور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلا يكسب الجار أى حق[1]. ومثل ذلك أيضا أن يقيم الجار على حدود ملكه حائطا يفتح فيها مطلا على أرض الجار وهى أرض فضاء ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض الفضاء جاره يفتح المطل على سبيل التسامح ، لأن فتح المطل فى هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيره أن يفتح جاره مطلا عليها . وعلى ذلك يكون الجار الذى فتح المطل وتسامح له جاره فى ذلك لم يحز حق المطل إلا حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمطل على جاره ولو بقى المطل مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر[2]. ومثل ذلك أخيرا أن يترك الجار مواشى جاره ترعى فى أرضه على سبيل التسامح فلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاق ويجوز منعه فى أى وقت من رعى مواشيه فى أرض الجار[3] ،

= الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويجب أن تكون الحيازة سيطرة متعدية ، لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح . فمن كان يمر بأرض جاره ، وقد رخص له الجار فى ذلك لا على أن له حق ارتفاق ، لا يعتبر حائزا لحق المرور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٠) .

(١) انظر الوسيط فقرة ٦٠٣ ص ٩٩٦ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجاره ، فترك الجار المطل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه ما دامت أرضه فضاء ، لا يعتبر حائزا لحق المطل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار إليها فى طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاق المطل لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة عن طريق التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا ، وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، وكان الحكم خلوا من التحدث عنه ، فإنه يكون قد شابه قصور يبطله فى هذا الخصوص (نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٥) .

(٣) أو أن تقيم البلدية فى أرضه ، عند حصد المحصول ، سوقا ، فلا تكسب البلدية حق انتفاع ، لأن صاحب الأرض إنما ترك البلدية تقيم السوق على سبيل التسامح (نقض فرنسى =

أو أن يترك الجار طريقا خاصا لا يستعمله يمر فيه جاره على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الجار لا حق ملكية ولا حق ارتفاق بالتقادم ، أو أن يترك الجار لجاره مخزنا مهجورا يضع فيه أمتعته على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الأخير ملكية المخزن بالتقادم . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الأعمال التي قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسب هذه الأعمال لا حق ملكية ولا حق ارتفاق [1] . وقد يدق الأمر ، فيتلمس القاضي أية علامة مادية تنم عن نية التسامح عند الجار ، كأن يحيط الطريق الذي يمر فيه جاره بسياج يدل على نيته في الاحتفاظ بطريقه ، ولو فتح في هذا السياج بابا يمر منه جاره فيكون هذا المرور على سبيل التسامح [2] .

= ٤ يوليه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ - ١ - ٣١ - بودري وتيسيه فقرة ٢٨٢ ص ٢٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار - ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠) .

(١) ولا رقابة على محكمة الموضوع في تقريرها ، متى كان هذا التقرير مبنياً على أسباب سائغة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استنتجت المحكمة من علاقة الابن بأبيه أن انتفاع الأب بملك ابنه كان من قبيل التسامح ، وأن يده بناء على ذلك يد عارضة لا تكسب الملكية بمضي المدة ، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض ، لكون ذلك من التقديرات الموضوعية التي لا شأن لمحكمة النقض بها مادامت مبنية على ما يسوغها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٥٣١) . وقضت أيضاً بأنه إذا استنتجت المحكمة من الوقائع أن انتفاع واضع اليد إنما كان مبناه التسامح الذي يحدث بين الجيران ، فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها ، ولا رقابة عليها فيه لمحكمة النقض (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٣) . ويلاحظ أن الجوار في ذاته سبب سائغ لتسامح الجار مع جاره ولولم نقل بأن أعمال التسامح لا تجعل للجار حقاً ، لتشدد كل جار مع جاره ، ولمنعه من إتيان أعمال في ملكه لا ضرر عليه منها ، خشية أن يكسب الجار حقاً على ملك جاره (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١) .

والرأى الراجح أن التسامح لا يعتد به إلا بالنسبة إلى الشخص الذى صدر منه التسامح ، فاذا باشر شخص حق ارتفاق على أرض جاره عن طريق تسامح الجار ، فحق الارتفاق لا ينفذ في حق هذا الجار ، ولكنه ينفذ في حق الغير (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣١ وهامش ١٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١ - نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٥ - ١ - ٥٠٧ - ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٩٩ - وانظر عكس ذلك جيوار فقرة ٤٩٢ - لوران ٣٢ فقرة ٢٩٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٤) .

(٢) نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ - ١ - ٢٢٩ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٥ ص ٢٢١ .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عنصرا الحيازة المادي والمعنوي . فتتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة وتنتج آثارها . ويتحقق ذلك بأن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعتبر معارضة لحق المالك ، ويشعره بأنه إنما يحوز حقا وأنه يقصد استعماله ، فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصر المادي والعنصر المعنوي ، وتنتج آثارها القانونية . فيعمد مثلا صاحب الأرض المنخفضة الذي يتلقى ماء المطر من الأرض المرتفعة ويباشر رخصة الانتفاع بها إلى وضع مواسير في الأرض المرتفعة تنتقل منها المياه إليه ، فيدل بذلك على نيته أنه لا يباشر رخصة وإنما يستعمل حقا ، وتصبح حيازته حيازة صحيحة كاملة ، وإذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة فانه يكسب حق ارتفاق على الأرض المرتفعة . أو يعمد الجار الذي يمر في أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف الطريق الذي يمر فيه أو إلى تعبيده إذا لم يكن معبدا ، وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة الكاملة التي توافر فيها عنصرها المادي وعنصرها المعنوي ، فاذا استمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فان الحيازة تنتج أثرها ويكسب الحائز حق ارتفاق بالمرور في الطريق أو حق ملكية الطريق ذاتها بحسب الأحوال. ولهذا نظير في الحيازة العرضية ، فسنرى أن هذه الحيازة تنقلب إلى حيازة صحيحة غير عرضية إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل يعتبر معارضة لحق المالك (م ٩٧٢ / ٢ مدني) [1] .

٢٦٩ — عنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصيا فلا تجوز النيابة فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز — نص قانوني : تنص المادة ٩٥٠ مدني على ما يأتي :

(١) انظر مايل فقرة ٢٧٢ — وانظر بردري وتيسييه فقرة ٢٨٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١

« يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية »[1] .

وقد قدمنا[2] أن العنصر المادى للحيازة، أى السيطرة المادية، تجوز مباشرتها بواسطة الغير ، كالخادم والتابع والحائز العرضى. أما العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد، فهو بخلاف العنصر المادى لا تجوز مباشرته بالواسطة ، بل يجب أن يكون موجودا عند الحائز نفسه شخصيا . فلا يجوز أن يكون عنصر القصد عند غير الحائز ، ولا يصح أن يحوز شخص حقا ويكون قصد استعمال هذا الحق موجودا عند غيره ، لأن القصد أمر شخصى فلابد أن يوجد عند شخص الحائز

ومع ذلك إذا كان الحائز عديم التمييز[3] ، كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز ، فان إرادته تكون معدومة ، فيستحيل أن يتوافر عنده

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، بعد تعديل لفظى ، تحت رقم ١٠٢٥ فى المشروع النهائى وأعاده مجلس النواب إلى ما كان عليه فى المشروع التمهيدى تحت رقم ١٠٢٢ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٢ – ص ٤٥٣) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٤ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٣) أما إذا كان الحائز مميزاً ، كالصبى المميز والمحجور عليه لسفه ، فانه يجوز أن يتوافر عنده شخصياً عنصر القصد ، إذ لا يشترط فى توافر عنصر القصد كمال الأهلية ، بل يكفى التمييز (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧) . لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً حتى تشترط الأهلية (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٠ ص ١٤٠) . وعنصر القصد ، أى نية التملك ، من مسائل الواقع ، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى ، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، مادامت هذه العناصر مدونة فى حكمها وتفيد تلك النتيجة التى استفادتها (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٩) .

عنصر القصد ، إذ أن هذا العنصر يفترض وجود الإرادة . ومن ثم تقتضى الضرورة هنا أن يكون عنصر القصد موجودا عند من ينوب نيابة قانونية عن عديم التمييز ، من ولى أو وصى أو قيم . فيحوز عديم التمييز الحق ، وينوب عنه نائبه فى كل من عنصرى الحيازة ، العنصر المادى والعنصر المعنوى ، ذلك لأن العنصر المادى أى السيطرة المادية لا تتحقق إلا عن طريق أعمال إرادية ، وعديم التمييز لا إرادة له ، فهو غير قادر على السيطرة المادية وهى العنصر المادى ، كما هو غير قادر على عنصر القصد وهو العنصر المعنوى ، فينوب عنه نائبه فى كل من العنصرين [1] .

٢٧٠ — الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير : والحيازة العرضية (possession précaire) ليست حيازة صحيحة ، لأن من يحوز الحق حيازة عرضية لا يحوزه لحساب نفسه ، بل يحوزه لحساب غيره . فعنصر القصد ، أى قصد الشخص استعمال الحق لحساب نفسه ، غير موجود عند الحائز العرضى ، بل هو موجود عند الغير الذى يستعمل الحق باسمه . فهذا الغير هو الحائز ، يباشر عنصر القصد أصيلا عن نفسه ، ويباشر عنصر السيطرة المادية بواسطة الحائز العرضى . فالك الشىء مثلا يحوزه عادة ، أى يجمع بين عنصرى الحيازة ، فيسيطر على الشىء سيطرة مادية بقصد استعمال حق الملكية فيه لحساب نفسه . وقد ينقل السيطرة المادية على الشىء لحائز عرضى ، كتابع أو وكيل أو صاحب حق انتفاع أو دائن مرتهن رهن حيازة أو مستأجر أو مستعير أو مودع عنه . ويبقى محتفظا بعنصر القصد ، أى قصد استعمال حق الملكية ، ولكن عنصر السيطرة المادية ينتقل إلى الحائز العرضى ، فيكون المالك حائزا للشىء بواسطة الحائز العرضى (corpore alieno) . والذى يميز الحائز العرضى أن حيازته للشىء حيازة مادية محضة ، وأنه يحوزه لحساب غيره ، وأنه يلتزم برده للمالك . وهذا الالتزام بالرد (obligation de restitution)

---

(١) انظر آنفاً ص ٨٠٦ — وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٩ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٢ ص ٩٤٦ — مازو فقرة ١٤٣١ مارتى ورينو فقرة ١٨ ص ٢٦ — حسن كيرة ص ٩٤ .

هو الذى يحدد مركز الحائز العرضى ، وهو الذى يجعل حيازته حيازة مادية محضة (détention) أى حيازة عرضية . فالحائز العرضى (prossesseur précaire) إذن هو كل شخص انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشىء يباشرها باسم الحائز ولحسابه ، وذلك بموجب عقد كما هى الحال فى التابع والوكيل والمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وغيرهم ممن يرتبطون بعقد مع الحائز ، أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هى الحال فى الحارس والسنديك ومصفى التركة ومصفى الشركة بعد حلها والوصى والقيم والوكيل عن الغائب . وينشأ الالتزام بالرد من العقد أو من القانون بحسب الأحوال [١] . والحائزون العرضيون فريقان :

(الفريق الأول) الحائزون العرضيون الذين ينزلون من الحائز الأصلى منزلة التابع من المتبوع ، فيأتمرون بأوامره ويلتزمون تعليماته وليست لهم أية حرية فى التصرف . وقد قدمنا [٢] أن المادة ٩٥١ مدنى ، وتنص الفقرة الأولى منها على أن « تصح الحيازة بالوساطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » ، مقصورة على هؤلاء . ورأينا [٣] أن هذا الفريق الأول يشمل الخدم والعمال والمستخدمين وسائر الأتباع كالطاهى والسائق وناظر الزراعة ، والوكيل مادام يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشىء الذى اشتراه فى حدود الوكالة [٤] ، والولى والوصى والقيم إذا كان القاصر أو المحجور عليه مميزا ، والمدير أو المفوض من الشخص المعنوى فى حيازة ماله ، وبوجه عام كل شخص يباشر

---

(١) فالحيازة العرضية إذن هى مركز يتفق مع القانون ، بخلاف الحيازة غير العرضية فإنها مركز قد يتفق مع القانون كما فى حيازة المالك لما يملكه ، وقد يخالفه كما فى حيازة اللص للشىء الذى يسرقه وحيازة المغتصب للشىء الذى يغتصبه . والحائز العرضى إنما يحوز الشىء حيازة مادية بناء على سند قانونى صحيح ، إما لأنه تعاقد مع الحائز ، أو لأن القانون يفرض عليه مهمة معينة تستوجب انتقال الحيازة المادية إليه . ولكن هذا السند القانونى الصحيح هو نفسه الذى يجعل الحيازة حيازة عرضية ، لأنه يتضمن اعتراف الحائز العرضى بأنه يحوز الشىء لحساب غيره ، وبأنه ملتزم برده لهذا الغير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) انظر نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١١ ص ٧٩٢ .

السيطرة المادية على الشيء لحساب غيره ويكون تابعا يأتمر فى هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه .

(والفريق الثانى) الحائزون العرضيون الذين يحوزون لحساب غيرهم ، ولكنهم لا يعتبرون أتباعا للحائز الأصلى بل يبقى لهم شيء من حرية التصرف فى حيازتهم . ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع ، والمستعير ، والحارس والمودع عنده [1] . فهؤلاء يتفقون مع الفريق الأول فى أنهم مثله يحوزون لحساب غيرهم ، فهم جميعا حائزون عرضيون [2] . ولكنهم يختلفون عن الفريق الأول فى أنهم لا يقتصرون

---

(١) أما البائع الذى لم يسلم المبيع إلى المشترى واستبقاه فى حيازته ، وعارض حق المشترى معارضة يستخلص منها أنه قصد استبقاء الحيازة لحساب نفسه ، فانه لا يعتبر حائزاً عرضياً بل حائزاً أصيلا ، ويجوز أن يتملك المبيع بالتقادم الطويل . ولا يمنعه من ذلك ضمانه التعرض إذا سقطت دعوى الضمان بالتقادم . أنظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٣١ . وقد قضت محكمة النقض بأن التزام البائع بضمان عدم التعرض التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر ، فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته ، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع ، إلا إذا توافرت لديهم أولدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٦٩ – ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٢٨٥ ص١١٢١ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ – ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٥٥ – ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٩٨ – استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ – ٢٥ نوفبر سنة ١٩٤١م ٥٤ ص ١٤ – أول يونيه سنة ١٩٤٣ م ١٥ ص ١٧٢ – وانظر من هذا الرأى فى الفقه : لوران ٣٢ فقرة ٣١٤ – هيك ١٤ فقرة ٣٧٣ – بودرى وتيسيه فقرة ٣٠٦ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٣ – حسن كيرة ص ٩٥ – وانظر من الرأى العكسى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٥٦٧ – الهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ٣٤١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٤ ص ٥٤٠ هامش ٣ .

(٢) ولكن يشترط أن يكون الحائز العرضى حائزاً فعلا للحق وله السيطرة المادية عليه ، فلا يكفى مثلا صدور عقد إيجار لمستأجر لجعله حائزاً عرضياً إذا كان لم يستول فعلا على العين المؤجرة . وقد قضت محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة الوقف –

على حيازة الشيء مجرد حيازة مادية (détention) ، بل هم يجمعون إلى هذه الحيازة المادية حيازة صحيحة كاملة (possession) لحق عيني أو حق شخصي يحوزونه لحساب أنفسهم . ويتوافر عندهم بالنسبة إلى هذا الحق عنصرا الحيازة ، السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم ، فهم إذن لا يعتبرون حائزين عرضيين لهذا الحق ، بل هم حائزون أصليون . ويصدق هذا على الأقل على صاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع . فكل من هؤلاء يعتبر حائزا عرضيا للشيء بالنسبة إلى حق الملكية فيه ، إذ يحوز هذا الحق لحساب المالك لا لحساب نفسه ، ولا يباشر فيه إلا السيطرة المادية نيابة عن المالك [1] . والحائز لحق الملكية هو المالك وحده ، فهو الذي يوجد عنده عنصر القصد ، ويباشر السيطرة المادية بوساطتهم [2] . أما بالنسبة إلى الحق العيني من حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق رهن حيازي ، أو بالنسبة إلى الحق الشخصي من حق المستأجر

= هو عمل من الأعمال القانونية ، وهو لا يكفي لتوافر الركن المادي لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطيان ، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعلي على هذا الجزء . فاذا كان الثابت من تقرير الخبير على ماجاء بأسباب الحكم أن شخصاً آخر غير مستأجر تلك الأطيان هو واضع اليد مادياً على الجزء المتنازع عليه ، وأنه لم يكن يدفع عنه إيجاراً لناظر الوقف ولا للمستأجر منه ، فان القول بأن ناظر الوقف كان يضع يده على هذا الجزء لمجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره للغير دون التثبت من وضع اليد الفعلي هو استدلال غير سائغ قانوناً ، إذ العبرة بوضع اليد الفعلي لا بمجرد تصرف قانوني قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٢٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فلهذا أن يستند إليها عند الحاجة . وإذن فمتى ثبتت الحيازة للمستأجر في مواجهة المتعرضين له ، وردت إليه بحكم نهائي ، فان المؤجر يعتبر مستمراً في وضع يده مدة الحيازة التي لمستأجره (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١٠) .

(٢) والمالك وحده هو الذي تتحقق في شخصه آثار حيازة حق الملكية ، فيستطيع أن يلجأ في حماية هذه الحيازة إلى جميع دعاوى الحيازة ، ويتم التقادم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدي إلى التقادم (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٢) .

أو حق المزارع ، فان كلا منهم يحوز الحق الذى يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك ، ويجمع فيه بين عنصرى الحيازة عنصر السيطرة المادية وعنصر القصد ، فيعتبر حائزا حيازة صحيحة كاملة لهذا الحق ، ويستطيع أن يلجأ فى حماية حيازته هذه إلى جميع دعاوى الحيازة . بل إن الحيازة بالنسبة إلى هذا الحق تنتج آثارها كاملة ، فيجوز لمن يحوز حقا عينيا منهم أن يتملك هذا الحق بالتقادم ، كما يجوز أن يتملك الحق العينى العقارى بالتقادم القصير إذا كان حسن النية ، وإذا كان الحق العينى منقولا تملكه بالحيازة المقترنة بحسن النية (١) .

ولما كنا هنا فى صدد الحيازة العرضية ، فنقتصر عليها لنبين أحكامها ، ويستوى فى هذه الأحكام الفريقان الأول والثانى السابق ذكرهما . ونترك جانبا الحيازة الأصلية لصاحب حق الانتفاع وغيره من أصحاب الحقوق العينية والحيازة الأصلية للمستأجر والمزارع فيما يتعلق بالحق العينى أو الحق الشخصى الذى يباشره كل منهم ، فهذه الحيازة الأصلية تسرى عليها أحكام الحيازة شأنها فى ذلك شأن كل حيازة أصلية أخرى (٢) .

٢٧١ – أحكام الحيازة العرضية : والحائز العرضى ، أى الحائز لحساب غيره أيا كان ، لا يستطيع أن يتمسك بهذه الحيازة العرضية لكسب حق بالتقادم (٣) ، أو لحماية هذه الحيازة بدعوى من دعاوى الحيازة . وهو لا يستطيع ذلك إلا باسم الحائز الأصيل ، إذ أنه يحوز لحسابه . فالمستأجر مثلا لا يكسب حق الملكية على العين المؤجرة بالتقادم ، مهما طالت مدة حيازته للعين . وإنما يستطيع أن يتمسك باسم المؤجر بحيازته للعين المؤجرة ، كأن يكون

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٣٠٤ – فقرة ٣٠٤ مكررة – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦١ ص ١٧٧ هامش ٣ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٤ ص ٩٤٩ .

(٢) أنظر فى حيازة المستأجر لحقه الشخصى كمستأجر حيازة أصلية وحماية هذه الحيازة بجميع دعاوى وضع اليد : الوسيط فى الإيجار ٦ فقرة ٢٧١ وفقرة ٢٨٢ .

(٣) أنظر فى حيازة الوكيل العرضية وكونها لا تؤدى إلى التملك بالتقادم : نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٠ – وتنص المادة ٢٥٨ / ٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على ما يأتى : « ولا يجوز للمزارع ولا للمستغل ولا للوديع ولا للمستفيد ولا لورثتهم أن يدعوا بمرور الزمن » .

المؤجر غير مالك للعين ويكون قد وضع يده عليها مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً ، ثم آجرها وحازها المستأجر مدة ثلاث سنوات أخرى ، فيعتبر المؤجر قد حاز العين بواسطة المستأجر هذه المدة الأخيرة ، فيكون قد أكمل مدة التقادم لكسب ملكية العين . وكذلك لا يستطيع المستأجر أن يحمى حيازته لحق ملكية العين المؤجرة بدعاوى الحيازة ، لأن هذه الحيازة حيازة مادية محضة وهى لحساب المؤجر ، فاذا لجأ مثلا إلى دعوى منع التعرض فيما يتعلق بالملكية لم يستطع اللجوء إليها إلا باسم المؤجر . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى جميع دعاوى الحيازة فيما يتعلق بحيازته لحقه الشخصى كمستأجر ، ويرفع هذه الدعاوى أصالة عن نفسه لا باسم المؤجر ، فقد قدمنا أنه إذا كان يعتبر حائزا عرضيا بالنسبة إلى حق الملكية فانه يعتبر حائزا أصيلا بالنسبة إلى حقه مستأجر .

وعلى ذلك لايستطيع الحائز العرضى أن يحمى باسمه حيازته العرضية كما قدمنا . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى الوسائل التى يخولها إياه القانون لحماية نفسه ولدفع الاعتداء عنه . فيستطيع مثلا إذا انتزع منه الشىء عنوة وجبرا أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة ، وهذه هى دعوى الحيازة الوحيدة التى يستطيع الحائز العرضى أن يرفعها باسمه ، وذلك لحرص القانون على أن يحافظ على الأمن العام . ويستطيع الحائز العرضى أن يستبقى حيازة الشىء حتى يستوفى ماله من حقوق فى ذمة الغير بسبب هذه الحيازة ، ولكن ذلك لا يرجع إلى أن القانون يحميه فى حيازته العرضية ، بل يرجع إلى ماخوله إياه القانون من الحق فى حبس العين حتى يستوفى ماله من الحقوق [1] .

ولا يستطيع الحائز العرضى أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم . فالمرتهن رهن حيازة لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم ، مهما طال الزمن الذى تبقى فيه العين فى يده ولو زاد على خمس عشرة سنة [2] . ويستوى فى ذلك أن يكون المالك للعين هو المدين الراهن ، أو كانت

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٨ – ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٧ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٩ – أول مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢١) .

العين مملوكة لغيره . فاذا كان المالك هو المدين الراهن ، وبقيت العين فى يد الدائن المرتهن رهن حيازة مدة خمس عشرة سنة أو أكثر سواء استوفى الدائن حقه أو لم يستوفه ، فان الدائن لا يتملك العين بالتقادم ضد المدين مالك العين ، وذلك طوال المدة التى تبقى فيها حيازة الدائن حيازة عرضية ولم تتغير صفتها فتتحول إلى حيازة أصيلة على الوجه المقرر فى القانون والذى سيأتى بيانه (١) .

وتبقى حيازة الدائن للعين حيازة عرضية لا يكسب بها ملكية العين بالتقادم ، حتى لو سقط التزامه برد العين إلى المدين الراهن بالتقادم المسقط بعد استيفائه الدين . فسقوط الالتزام بالرد بالتقادم المسقط لا يمنع من أن تبقى الحيازة حيازة عرضية لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم المكسب ، وإذا كان المدين الراهن لا يستطيع بعد تمام التقادم المسقط أن يرفع على الدائن دعوى الاسترداد الشخصية ، فان ذلك لا يمنعه من رفع دعوى الاستحقاق العينية إذ أن الدائن لم يكسب ملكية العين بحيازته العرضية (٢) . وإذا كانت العين المرهونة رهن حيازة مملوكة لغير المدين الراهن ، فان الدائن لا يستطيع أيضا بحيازته العرضية أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد مالكها الحقيقى ، ويستطيع هذا الأخير أن يسترد العين من الدائن بدعوى الاستحقاق بعد إدخال المدين فى الدعوى ولكن يجوز للدائن أن يكسب حق الرهن لا حق الملكية ، لأنه يحوز الحق الأول لحساب نفسه فهو أصيل فى حيازته إياه كما قدمنا . فاذا كان حسن النية وارتهن

---

(١) أنظر مايلى فقرة ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة الدائن المرتهن للعين المرهونة هى حيازة عارضة لاتنتقل بها الملكية مهما طال الزمن (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كان عقد البيع يخفى رهناً ، فإن بطلانه ، سواء باعتباره بيعاً أورهناً ، لا يغير من حقيقة الواقع فى شأنه ، وهو أن نية الطرفين فيه قد انصرفت إلى الرهن لا إلى البيع . ومن ثم فإن وضع يد المرتهن لايكون بنية التملك ، بل يعتبر عارضاً ، فلا يكسبه الملك مهما طال عليه الزمن (نقض مدنى ١٧ ابريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٣ - ٢٥ نوفبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٤). وانظر أيضاً فى نفس المعنى نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠ وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٥ .

العين من غير مالك ، فانه يكسب حق الرهن بمجرد الحيازة فى المنقول ، وبخمس سنوات وهى مدة التقادم القصير فى العقار . أما إذا لم يكن حسن النية وارتهن العين من غير مالك ، فلا يملك حق الرهن ، سواء فى العقار أو فى المنقول ، إلا بالتقادم الطويل أى بخمس عشرة سنة .

وتبقى الحيازة العرضية على صفتها هذه مهما طالت ، فلا تحمى بدعاوى الحيازة ولاتكسب الملكية بالتقادم على النحو الذى قدمناه . وتنتقل من الحائز العرضى إلى وارثه حيازة عرضية كما كانت عند المورث ، وهكذا تنتقل من وارث إلى وارث دون أن تتغير صفتها . فلو أن حائزا عرضيا ، كمودع عنده أو حارس ، بقى واضعا يده على العين المودعة أو الموضوعة تحت الحراسة مدة طويلة ، ثم خلفه عليها وارثه ثم وارث وارثه ، وبقيت الورثة واضعين اليدعلى العين مددا طويلة أخرى [١] ، ولو بلغت هذه المدد مائة عام أو أكثر ، فان أحدا منهم لا يكسب ملكية العين بالتقادم، لأن كلا منهم حيازته عرضية [٢] .

---

(١) وقد قضى بأنه إذا كان الطاعن قد دفع الدعوى بادعائه ملكية المنزل المطلوب تقديم الحساب عنه بمقولة إنه وضع يده عليه هو ومورثه من قبله المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فرفض الحكم المطعون فيه هذا الدفع استناداً إلى أن حيازة الطاعن للمنزل هو ومورثه كانت حيازة عارضة (كان المورث دائناً مرتهناً) لاتنتقل بها الملكية مهما طال الزمن ، فإن هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه هو تقدير سليم لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥) . وانظر أيضاً فى نفس المعنى نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١١ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ ص ٥٤٥ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٩ ص ٦٢٠ – ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ – وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٣١٤ وفقرة ٣٢٢ وفقرة ٣٢٤ ص ٢٥٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقررها المادة ٧٩ مدنى (قديم) صريحة فى أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد ، مهما تسلسل التوريث وطال الزمن . وحكم المادة ٧٩ مدنى (قديم) يسرى على الواقف المستحق للوقف وعلى الناظر عليه وعلى ورثته من بعده ، مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولايستطيع أيهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٦) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٢ – استئناف مصر ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٥٧ ص ١٠٤٥ .

ويستوى فى ذلك أن يكون الوارث حسن النية أو سيء النية ، كما يستوى إذا كان سيء النية أن يستبقى صفة مورثه أو أن يضع يده كمالك ، فما دامت حيازة مورثه حيازة عرضية ، ولم يغير هو صفة هذه الحيازة بأن يحولها إلى حيازة أصيلة على الوجه الذى قرره القانون ، فان حيازته تبقى كحيازة مورثه حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب ملكية العين بالتقادم . أما إذا نقل الحائز العرضى ملكية العين إلى خلف خاص بتصرف ناقل للملكية ، معاوضة أو تبرعا ، فان الخلف الخاص لا تكون حيازته حيازة عرضية ، بل تكون حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتصلح لكسب الملكية بالتقادم . ذلك لأن الخلف الخاص يبتدىء حيازة جديدة توافرت فيها عنصرا الحيازة من قصد وسيطرة مادية ، أما الخلف العام فتنتقل إليه حيازة مورثه ذاتها فتبقى عرضية كما كانت عند مورثه [١] . ويستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيء النية ، فلو كان يعلم حقيقة حيازة سلفه وأنها حيازة عرضية ، فان ذلك لا يمنع من أن تكون حيازته هو حيازة أصيلة مادام سلفه قد تعامل معه لا على أنه حائز عرضى بل على أنه مالك [٢] .

وقد قدمنا [٣] إن الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدنى تنص على ما يأتى : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحيازة سلفه افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء بها » . ونرى من ذلك أن القانون قد وضع قرائن قانونية تذلل كثيرا من الصعاب التى تحوط بالحيازة العرضية ، وكيف تثبت هذه الحيازة . وقد قررنا فى هذا الصدد [٤] أن الحيازة العرضية لا تفترض ، بل يفترض فى الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيازة أصيلة لا حيازة عرضية . وعلى من يدعى العكس ، ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره فلا يستطيع مثلا أن يتملك بالتقادم ،

---

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣١٧ – نفرة ٣١٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٣١٩ – وانظر عكس ذلك نقض فرنسى ٨ نوفبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ – ١ – ٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ ص ١٧٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

أن يثبت ذلك فهو الذى يحمل عبء الإثبات [١] . فاذا ما ثبت أن الحيازة حيازة عرضية وأن الحائز إنما يحوز لحساب غيره ، فانه يفترض أنه قد بقى حائزا عرضيا على ما كان عليه ولم تتغير صفة حيازته ، إلى أن يثبت هو أن صفة حيازته قد تغيرت وأن هذه الحيازة قد تحولت إلى حيازة أصيلة [٢] . فننظر الآن كيف تتغير صفة الحيازة ، فتتحول من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة .

٢٧٢ - *تغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة - نص قانونى :*

تنص المادة ٩٧٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ - ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة » .

« ٢ - ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته ، إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك . ولكن فى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير » [٣] .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٧٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٧ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٢ - ص ٥٠٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٧٩ / ١٠٦ : لاتثبت ملكية العقار والحقوق العينية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضعاً يده عليها بسبب معلوم غير أسباب التمليك ، سواء كان السبب مبتدأ منه أو سابقاً ممن آلت منه إليه . وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمنتفع والمودع عنده والمستعير ، ولا لورثتهم من بعدهم .

(والنص يتفق فى حكمه مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٠ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٦١ : لا يكتسب شخص بمرور الزمن حقاً عينياً ضد سنده الشخصى أو ضد سند مورثيه .

(والنص موافق فى حكمه لحكم التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا النص أن الحائز العرضى يبقى حائزا عرضيا كما قدمنا مهما طال الزمن على حيازته . فلا يستطيع أن يغير صفة حيازته هذه بمجرد تغيير نيته ، كأن يعلن المستأجر المؤجر مثلا أنه غير نيته من حيازة العين كمستأجر إلى حيازتها كما لك ولو صاحب هذا الإعلان أن يمتنع عن دفع الأجرة للمؤجر. فان إعلانه تغيير نيته لا يغير من صفة حيازته العرضية ، وامتناعه عن دفع الأجرة إخلال بالتزامه كمستأجر . وهذا وذاك لا يكفيان فى تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة . ومن ذلك تبقى حيازته حيازة عرضية ، ولايستطيع بموجبها أن يكسب ملكية العين المؤجرة بالتقادم . وهذا لأنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته »[1] . كذلك وارث الحائز العرضى يبقى حائزا عرضيا مثل مورثه كما سبق القول ، ولا يستطيع تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة بمجرد تغيير نيته وإعلانه أنه أصبح يحوز كمالك على خلاف حيازة مورثه . ومن ثم لا يستطيع كسب ملكية العين التى تلقاها من مورثه بالتقادم لمجرد أنه غير بنفسه لنفسه أصل حيازته وهى فى أصلها حيازة عرضية ، وهذا لأنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه . . . الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة » .

ولا يستطيع الحائز العرضى أو وارثه أن يكسب بالتقادم ملكية العين ، إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة . ولا يبدأ سريان التقادم إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا التحول ، ومن ذلك الوقت أيضا يمكن للحائز أن يحتمى بدعاوى الحيازة »[2] .

وتتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة بأحد أمرين[3] :

---

(١) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص٨٢٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٥ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إذا كان الحائز بيده سند إيجار مثلا ، فهو حائز لحق المستأجر . وليس له بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية إذا لم يقترن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير أو من الحائز نفسه ، كأن يتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية أو يعارض الحائز حق المالك بعمل ظاهر . ولايبدأ سريان التقادم بالنية الجديدة إلا من وقت صدور هذا العمل الظاهر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) . ويلاحظ أن –

(الأمر الأول) فعل يصدر من الغير : وهذا الفعل يكون عادة تصرفا ناقلا للملكية (١) ، يتلقاه الحائز العرضى من الغير فتتغير به صفة حيازته العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة ، إذ أن الحائز يحوز العين من وقت هذا التصرف كمالك لحساب نفسه ، لا كحائز عرضى لحساب غيره . ومن ذلك الوقت يستطيع الحائز أن يحتمى كمالك بجميع دعاوى الحيازة كما قدمنا ، كما يستطيع أن يكسب الملكية بالتقادم . مثل ذلك أن يعتقد المستأجر للعين أنه استأجر من غير المالك ، فيتقدم إلى الشخص الذى يعتقد أنه هو المالك ويشترى منه العين . فهنا قد صدر تصرف ناقل للملكية من الغير وهو الشخص الذى يعتقد المستأجر خطأ أنه هو المالك ، وقد صدر هذا التصرف إلى المستأجر وهو الحائز العرضى . فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له ، ومن ثم تنقلب حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم إذا أكمل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقى للعين (٢) . ولا يشترط أن يكون الحائز العرضى ، وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية ، حسن النية أى يعتقد أنه تعامل مع المالك الحقيقى . فلو كان

=ماجاء بالمذكرة الإيضاحية ، من أن صفة الحيازة تتغير بتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية محل للنظر ، كما سيتبين عند الكلام فى الفعل الذى يصدر عن الغير فيما يلى فى نفس الفقرة .

وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك لايعتبر صالحاً للتمسك به ، إلا إذا حصل تغيير فى سببه يزيل عنه صفة الوقتية . وهذا التغيير لايكون إلا بإحدى اثنتين : أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة الفعلية أو بصفة قضائية أوغير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٩٧ . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٨ – استئناف وطنى ٣ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١١ ص ١٧٩ – وهذان السببان لتغيير صفة الحيازة لهما هذا الأثر لصالح أى حائز عرضى ، وضد أى شخص آخر سواء كان من الغير أو كان هو الشخص نفسه الذى تلقى الحائز العرضى منه الحيازة (بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٧ ص ٢٥٦) .

(١) أما التصرف الكاشف عن الملكية فلايسمح بحيازة جديدة أصيلة تختلف عن الحيازة السابقة (بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ هامش ٣) .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ .

سيء النية ، أى يعرف أنه يتعامل مع غير المالك ، فان التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير هو أيضا من صفة حيازته فتنقلب هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة [(١)] . وفى جميع الأحوال يجب أن يتصرف الحائز على مقتضى سنده الجديد الناقل للملكية ، ففى المثل الذى قدمناه يجب أن يمتنع المستأجر بعد أن تلقى التصرف من دفع الأجرة للمؤجر . فيستطيع عندئذ أن يتملك العين ، إما بالتقادم القصير إذا كان حسن النية إذ أن لديه السبب الصحيح ، أو بالتقادم الطويل إذا لم يكن حسن النية . وكذلك يستطيع فى الحالتين أن يحمى حيازته الجديدة بجميع دعاوى الحيازة ، ولو ضد المؤجر . أما إذا استمر بدفع الأجرة للمؤجر ، فان حيازته تكون حيازة غامضة (équivoque) ، لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم ولا لأن تحمى بدعاوى الحيازة [(٢)] .

ويمكن أن يصدر التصرف الناقل للملكية للحائز العرضى من نفس الشخص الذى يحوز الحائز العرضى العين باسمه ، فتتحول الحيازة العرضية بذلك إلى حيازة أصيلة . وذلك بأن يصدر التصرف الناقل للملكية من المؤجر نفسه وهو المالك الحقيقى ، فيشترى المستأجر منه العين المؤجرة ويحوزها منذ شرائها كمالك لحساب نفسه . بل قد يكون المؤجر غير مالك للعين المؤجرة ، ويتلقى منه المستأجر عقد البيع فتتحول به حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع المستأجر فى هذه الحالة أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد المالك الحقيقى ،

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٩ – فقرة ٣٣٠ – ولكن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يخالفون هذا الرأى ويذهبون إلى وجوب أن يكون الحائز العرضى حسن النية وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٦ وص ١٨٠ هامش ١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٣٢٨ – بيدان ٤ فقرة ٦٦٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٩٠ – إسماعيل غانم ص ١٠٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤٤) . ولكنهم لايجدون فى رأيهم هذا سندا من نصوص القانون التى لا تشترط حسن النية . وقد رأينا مثل هذا الخلاف فى حالة ما إذا تلقى خلف خاص حيازة الشىء من حائز عرضى ، وقررنا هناك كما نقرر هنا أنه يستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيء النية (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٢٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٦ ص ١٨٠ .

كما يستطيع أن يحتمى بجميع دعاوى الحيازة ضد المالك الحقيقى .وضد المؤجر (١) .

(والأمر الثانى) فعل يصدر من الحائز العرضى يعارض به حق المالك : ولا يكفى فى ذلك مجرد إنكار الحائز العرضى لحق المالك وإعلانه ذلك على ملأ من الناس ، بل لا يكفى تصرفه فى العين تتصرف الملاك فيهدمها مثلا أو يقيم عليها بناء أو يبيعها ، فان هذا يعد تعسفا منه فى استعمال حيازته العرضية وليس من شأن هذا التعسف أن يغير صفة الحيازة ويحولها إلى حيازة أصيلة (٢) . بل يجب أن يعارض الحائز العرضى حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين ، يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك (٣) .

وقد يكون هذا النزاع نزاعا قضائيا ، فيطالب المالك أمام القضاء الحائز العرضى برد العين إليه ، ويدعى الحائز ملكيتها . ولكن ليس من الضرورى أن يكون النزاع قضائيا ، فيكفى أن يعلن الحائز المالك بادعائه ملكية العين بانذار رسمى أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو باخطار شفوى على أن يكون عليه عليه هو عبء إثبات الإخطار . ففى هذه الحالة يكون الحائز قد عارض حق

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٢٣١ – نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ – ١ – ١٦١ .

(٢) وقد قضى بأن هدم المبانى وإقامتها من جديد من جانب واضع اليد بطريق النيابة عن غيره لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب وضع يد الحائز المذكور ومجابهة للمالك بالسبب الجديد ، ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن (نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١٥ ص ٨٧١) . وقضى أيضاً بأن وضع يد الواقف المستحق فى الوقف والناظر عليه حتى وفاته وضع يد وقتى ، وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشوباً بالوقتية ولو كان بنية التملك ، ومن ثم فإن رهن الواقف أو أحد أولاده عين الوقف رهناً تأمينياً لايتم به تغيير صفة الحيازة ، إذ هو لا يتضمن مجابهة حق جهة الوقف بعمل إيجابى ظاهر (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٢ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٠ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣١ – ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٧ ص ٤٤٤ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٣٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ .

المالك وأعلنه بهذه المعارضة ، وذكر له أنه يضع يده على العين كمالك لا كحائز عرضي . فمن وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه ، تنقلب حيازة الحائز العرضية إلى حيازة أصيلة ، تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، وتصلح لكسب ملكية العين بالتقادم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة .
وقد لا يعلن الحائز العرضي المالك بمعارضته لحقه ، ولكن المالك يطالبه برد العين فيمتنع الحائز عن ردها مدعيا أنه هو الذى يملكها ، فيكون فى هذه الحالة قد صدر فعل من الحائز يعارض به حق المالك وعلم المالك بهذه المعارضة ، فتنقلب الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم [1] . ونرى من ذلك أن هذا الأمر الثانى التى تتغير به صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة تختلف عن الأمر الأول فى أن الحائز العرضي فى الأمر الثانى لا يحصل على سند جديد لحيازته بل يكون حائزا دون سند ، أما فى الأمر الأول فقد رأينا أنه يحصل على سند جديد لحيازته يصدر إليه من الغير [2] .

وسواء تغيرت صفة الحيازة العرضية بالأمر الأول أو بالأمر الثانى ، فان تقدير الوقائع والسندات التى تتغير بها صفة الحيازة يترك إلى قاضي الموضوع [3] ، ولكن تحت رقابة محكمة النقض لترى ما إذا كانت هناك أسباب سائغة دعت

---

(١) وقد قضى بأنه إذا حصل تكليف رسمي برد العين المودعة ورفض المودع عنده ردها ، فإن هذا الأخير يكون بذلك قد أنكر ملكية المودع وتظاهر بملكيته للعين المودعة لنفسه ، وغير بذلك سبب وضع يده عليها ووضع يده بنية التملك علناً بلا شائبة ، فلذلك يتملكها بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ التكليف بالحضور (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . وقضى كذلك بوجوب أن يجابه ذوالبد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة ، وبصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة فى أنه مزمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٧) – وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص ٦١٦ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٣ ص ٢٤٤ – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ – مازو فقرة ١٤٣٠ – حسن كيرة ص ٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٣٩ – بلانيول ريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

محكمة الموضوع إلى تقدير هذه الوقائع والسندات على وجه معين [١]

وإثبات الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة تسرى فيه القواعد العامة، فيجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات ، أما التصرفات القانونية فلا يجوز إثباتها بالبينة أو القرائن إلا فيما لا يزيد على عشرة جنيهات . ويجب أن يتمسك الخصم رد المصلحة بأن صفة الحيازة قد تغيرت ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بتغير صفة الحيازة من تلقاء نفسه [٢] .

§ ٢ - عيوب الحيازة

(Vices de la possession)

٢٧٣ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي

« وإذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس ، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » [٢] .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٣٣٧ ص ٢٦٢ - نقض فرنسى ٢٩ يناير سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٢ - ١ - ٢٤٤ - أنظر مع ذلك جيوارا فقرة ٤٨٣ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٨ .

هذا وقد كان ينبغى أن تتغير حيازة الوارث للحائز العرضى فتنقلب إلى حيازة أصيلة إذا اعتقد الوارث بحسن نية أن حيازة مورثه حيازة أصيلة ، لنفس الاعتبارات التى سيأتى ذكرها فيما يتعلق بزوال عيب الإكراه بمجرد انقطاع الإكراه : أنظر فى تفصيل ذلك ما يلى فقرة ٢٨٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة . أما إذا اقترنت بإكراه أوحصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أوأخفيت عنه الحيازة أوالتبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢/١٠٢٤ فى المشروع النهائى بعد أن حذفت عبارة «وكذلك تقوم الحيازة على أعمال متقطعة» دون أن تذكر سبباً لهذا الحذف . وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٥١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢/٩٠٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٢/٩٥٣ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٦ وم ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٧ – ١/٢٥٨ [1] .

هذا وقد أغفل النص ذكر عيب عدم الاستمرار إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة ، وكان هذا العيب مذكورا فى المشروع التمهيدى للنص [2] ، وحذف دون سبب ظاهر فى لجنة المراجعة . والصحيح أن الحيازة يجب ، حتى تكون حيازة صحيحة تنتج آثارها القانونية ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكسب الملكية بالتقادم أو بدون تقادم ، أن تكون مستمرة ظاهرة هادئة واضحة ، أى أن تكون خالية من عيوب الحيازة . فعيوب الحيازة هى إذن عدم الاستمرار (التقطع) ، والخفاء (عدم العلانية) ، والإكراه (عدم الهدوء) ، والغموض (اللبس) [3] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٤٦ (مطابق) .

م ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) : وكذلك لا تقوم (الحيازة) على أعمال متقطعة .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٧ : يكتسب حق القيد فى السجل العقارى ، فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة فى السجل العقارى ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة . . .

م ١/٢٥٨ : يعتبر وضع اليد مستمراً منذ اللحظة التى يظهر فيها باستعمال الحق الموجود فى اليد بصورة اعتيادية منتظمة ، ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذى اتصل منه العقار إليه . (والقانون اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى ، إلا أن القانون الأول لا يصرح بعيب الغموض ، ويذكر عيب التقطع إذ يشترط فى الحيازة الاستمرار) .

(٢) انظر ص ٨٤٠ هامش ٢ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ويجب أن تتوافر فى الحيازة شروط معينة ، هى الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح . فالحيازة المتقطعة ، والحيازة بإكراه ، والحيازة الخفية ، والحيازة الغامضة (كحيازة الوارث) كل هذا لا يعتبر حيازة صحيحة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

ويجب التمييز بين عناصر الحيازة وعيوب الحيازة . فالحيازة لا توجد إلا إذا توافر عنصراها ، على الوجه الذى سبق بيانه تفصيلا . فاذا توافر عنصراها ووجدت ، فانه يجب أيضا أن تكون خالية من العيوب حتى تنتج آثارها ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكون سببا للتملك [1] والعناصر والعيوب بالنسبة إلى الحيازة تناظر العناصر والعيوب بالنسبة إلى الإرادة . فالإرادة لا توجد إلا إذا توافرت عناصرها ،ولا تكون صحيحة بعد وجودها إلا إذا كانت خالية من العيوب . ولكن الحيازة ، بخلاف الإرادة ، لا تنتج أى أثر من آثارها القانونية المعروفة إلا إذا كانت موجودة وكانت خالية من العيوب . أما الإرادة فاذا توافرت عناصرها وكانت مشوبة بعيب ، فانها تكون إرادة موجودة تنتج آثارا ، ولكنها تكون إرادة غير صحيحة لا تنتج إلا آثارا محدودة .

ونستعرض فيما يلى عيوب الحيازة وهى ، كما قدمنا ، عدم الاستمرار أو التقطع (discontinuité) ، والخفاء أو عدم العلانية (clandestinité) والإكراه أو عدم الهدوء (violence) ، والغموض أو اللبس (équivoque)

العيب الأول — عدم الاستمرار أو التقطع :

٢٧٤ – معنى عدم استمرار الحيازة أو تقطعها : إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية . وحتى تسلم الحيازة من هذا العيب وتكون مستمرة غير متقطعة ، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشىء فى فترات متقاربة منتظمة . فيستعمل الحائز الشىء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله ، كما يستعمل المالك ملكه فى العادة . فاذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشىء ، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعا كاملا تمضى دون أن يستعمل ملكه ، فان الحيازة تكون فى هذه الحالة غير مستمرة لو

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٣ .

متقطعة ، فلا تصلح أساسا لدعاوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم[١] . والواجب ألا ينقطع الحائز عن استعمال الشيء إلا المدة التي ينقطع فيها المالك عادة عن استعمال ملكه ، فالحائز الذى يحوز حق الملكية إنما يتصرف فى الشيء كمالك ، فيجب أن يظهر مظهر المالك فى استعماله لهذا الشيء . أما إذا كان يحوز حقاً آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، فالواجب ألا ينقطع عن استعمال الحق الذى يحوزه كما لو كان فعلا صاحب هذا الحق.

وليس من الضرورى ، بطبيعة الحال ، أن يستعمل الحائز الحق فى كل وقت بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة ، فان هذا أمر غير عملى ويكاد يكون مستحيلا ، بل يكفى كما قدمنا أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه[٢] .

٢٧٥ – **انتظام الاستعمال يختلف باختلاف طبيعة الشيء** : والبت فيما إذا كان استعمال الشيء منتظما ، بحيث تعتبر الحيازة مستمرة ، يتوقف على طبيعة الشيء . فهناك أشياء تقتضى طبيعتها أن تستعمل على فترات متقاربة جدا ، وأخرى تقتضى طبيعتها أن تستعمل فى وقت معين ثم تترك بعد ذلك دون استعمال . فإذا حاز شخص حق السكنى مثلا ، فحتى تكون الحيازة مستمرة يجب أن يسكن المنزل ، وألا ينقطع عن سكناه إلا عند سفر أو لقضاء بعض الوقت فى مصيف أو مشتى أو نحو ذلك . وإذا حاز شخص حق ارتفاق بالمرور ، وجب ، حتى تكون الحيازة مستمرة فى القانون المصرى ، أن يمر من الطريق الذى يستعمل فيه هذا الحق فى الأوقات المألوف المرور فيها وبالقدر الذى يقتضيه الانتفاع بالعقار المرتفق . وإذا حاز شخص أرضا زراعية من الأراضى التى تروى بالحياض ، كان عليه ، حتى تكون حيازته مستمرة ، أن

---

(١) ومن الفقهاء من يذهب إلى أن استمرار الحيازة هو نفس عنصرها المادى ، وعدم قيام الحائز منذ ابتداء الحيازة بأعمال الاستعمال الكافية لتكوين العنصر المادى للحيازة من شأنه ألا يكسبه الحيازة ، فلا نكون بصدد حيازة معيبة فحسب ، بل لا تكون ثمة حيازة بالمرة (عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٠٥ ص ٥٣١) . وانظر أيضاً إسماعيل غانم ص ١١٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٦٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٦ ص ٣٩٥ هامش ١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ .

يزرع الأرض فى أثناء الفيضان ، ولا يعتبر انقطاعه عن زراعتها فى غير هذ الوقت إخلالا باستمرار حيازته ، لأن طبيعة رى الأرض تقتضى هذا الانقطاع . وإذا حاز شخص مرعى لرعي المواشي ، فان انتفاعه بالأرض يكون مقصورا على الرعى ، وهذا يقتضى أن يستعمل الأرض فى أوقات معينة هى أوقات الرعى ، وأن ينقطع عن استعمالها فى غير هذه الأوقات ، ولا يعتبر هذا الانقطاع إخلالا بالاستمرار فى حيازته [١] .

ولا يعتبر الكف عن استعمال الشيء بسبب قوة قاهرة ، كفيضان يغمر الأرض أو استيلاء موقت أو احتلال جيش أجنبي ، انقطاعا يخل بالاستمرار فى الحيازة [٢] .

٢٧٦ – عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيازة من مسائل الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض : وتقدير ما إذا كانت الحيازة غير مستمرة، أو ما إذا كان يشوبها عيب آخر من عيوب الحيازة ، يترك لقاضى الموضوع يقضى فيه دون معقب عليه من محكمة النقض . وهذا ماذهب إليه الفقه والقضاء فى فرنسا ، فقاضى الموضوع وحده هو الذى يقدر ما إذا كانت الحيازة قد استوفت جميع الشروط الواجبة [٣] .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٩ – فقرة ٢٤٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٧٧ – مارتى ورينو فقرة ١٠٢٣ .

(٢) وقد قضى بأنه إذا حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتاً معيناً من كل سنة ، لم يمنع ذلك من توافر صفة الاستمرار فى وضع اليد متى كان واضع اليد يقوم بزرعها كلما سمحت له الأحوال بذلك (الزقازيق ٩ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٢ ص ٦٣) . وانظر استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١م ٤ ص ٤٦ – ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٦ – ٢٢ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٧ – بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٠ ص ١٩٣ – بلانيول – وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ – وقارن استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ – ١ – ١٥٦ – ١٦ نوفبر سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٩ – ١ – ٢٧٦ – ١٨ يونيه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣– ١– ١٩٦– لوران ٣٢ فقرة ٢٧٦ – فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٩٢ وفقرة ٢٤٣ – فقرة ٢٤٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ .

ويترتب على ذلك أن قاضى الموضوع ليس عليه أن يستقصى عيوب الحيازة عيبا عيبا ليستبعد كل عيب منها ، وبحسبه أن يقرر بوجه عام أن الحيازة قد توافرت شروطها وأنها لذلك تكون صالحة لكسب الملكية بالتقادم (١) . على أنه إذا تمسك الخصم بأن الحيازة يشوبها عيب معين ، كان على محكمة الموضوع إن تبت فيما إذا كان هذا العيب موجوداً أو غير موجود وأن تبنى قضاءها فى ذلك على أسباب سائغة . ولمحكمة النقض أن تنقض حكمها لقصور فى التسبيب .

٢٧٧ – عيب عدم استمرار الحيازة عيب مطلق – لكل ذى مصلحة أن يتمسك بـ زوال هذا العيب : وإذا تبين أن الحيازة غير مستمرة، فإن هذا عيب يشوبها ويجعلها غير صالحة لأن تنتج آثارها كما سبق القول ، فلا تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة ولا تؤدى إلى التملك بالتقادم . وهذا العيب ، بخلاف عيوب الحيازة الأخرى ، عيب مطلق (vice absolu) ، لكل ذى مصلحة أن يتمسك به . ذلك بأن الحيازة تكون فى ذاتها غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة ، فلكل ذى مصلحة أن يتمسك بعدم استمرارها لأنها غير

فيبت قاضى الموضوع فيما إذا كانت الحيازة مستمرة (نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١ – ١ – ٣٠٣ – ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦ – ١ – ٤٦٨) ، وفيما إذا كانت هادئة (نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٨٥٥ باندكت ٥٦ – ٢ – ٦١) ، وفيما إذا كانت واضحة لاغموض فيها (نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨–١–٤٥٩ – ٧ يونيه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢–١–٧٩–٢٨ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ –١–٥٣٧) .

(١) نقض فرنسى ٢٤ يناير سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ – ١ – ٤٥٢ – ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسى فى أحد أحكامها بأن على محكمة النقض أن تراقب ماإذا كانت الوقائع التى استخلصتها محكمة الموضوع استخلاصاً موضوعياً لا معقب عليها فيه تؤدى قانوناً إلى أن تكون الحيازة قد توافرت فيها الشروط التى يتطلبها القانون ، وبأن البت فيما إذا كانت هذه الشروط قد استوفيت هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسى ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ١ – ٢٩٧) . ولكن المحكمة سرعان مارجعت عن هذا القضاء ، وعادت إلى قضائها الأول من أن استيفاء الحيازة لشروطها القانونية هو من مسائل الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ – ١ – ٤٠٤ – ١٠ نوفبر سنة ١٨٩٦ داللوز٩٦–١–٤٨٣–١٧ أكتوبر سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ – ١ – ١٩٦)

مستمرة بالنسبة إليه كما هى غير مستمرة بالنسبة إلى غيره ، فلا يحتج بها عليه [١] . أما عيوب الحيازة الأخرى فهى عيوب نسبية (vices relatifs) وسنرى أن الحيازة الخفية لا يكون لها أثر قبل من أخفيت عنه الحيازة وحده ، وأن الحيازة التى يشوبها الإكراه لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه ، وأن الحيازة التى يشوبها اللبس لا يكون لها أثر قبل من التبس عليه أمرها [٢] .

ولكن عيب عدم استمرار الحيازة يزول مع ذلك إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . فعند ذلك تكون الحيازة خالية من هذا العيب ، وتنتج آثارها ولكن من الوقت الذى يزول فيه العيب وتصبح الحيازة مستمرة .

٢٧٨ – التمييز بين عدم استمرار الحيازة أو تقطعها وبين انقطاع التقادم : والحيازة غير المستمرة هى الحيازة المتقطعة كما سبق القول ، وقد تشتبه الحيازة المتقطعة (possession discontinue) بالتقادم المنقطع (prescription interrompue) . ففى كليهما تنقطع الحيازة ولا يصلح ماسبق منها أساسا للتقادم ، حتى إذا عادت الحيازة مستمرة صلحت أن تكون أساسا للتقادم مالم ينقطع التقادم بسبب من أسباب الانقطاع . وسنرى فيما يلى أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعا طبيعيا ، إذا تخلى الحائز عن الحيازة أوفقدها ولو بفعل الغير . غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد ، (م ٩٧٥ مدنى) . هذا إلى أن التقادم المكسب ينقطع أيضا إنقطاعا حكميا بالمطالبة القضائية وما فى حكمها ، وباقرار الحائز بحق صاحب الحق (م ٣٨٣ – ٣٨٤ مدنى) .

ويتبين من ذلك أن أسباب انقطاع التقادم تختلف عن سبب تقطع الحيازة. فالتقادم ينقطع انقطاعا حكميا بالمطالبة القضائية وما فى حكمها ، ومع ذلك تبقى الحيازة مستمرة غير متقطعة . أما إذا أقر الحائز بحق صاحب الحق فان التقادم ينقطع ، وكذلك الحيازة تنقلب من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية .

---

(١) كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١١٧٠ .

(٢) أنظر المادة ٩٤٩ مدنى آنفاً فقرة ٢٧٣ .

فاذا انقطع التقادم انقطاعا طبيعيا بتخلى الحائز عن الحيازة أو بفقده إياها ولو بفعل الغير ، فهنا يشتبه انقطاع التقادم بتقطع الحيازة اشتباها كبيرا . ولكن حتى فى هذا الفرض توجد فروق ملحوظة بين انقطاع التقادم وتقطع الحيازة . فانقطاع التقادم فى هذا الفرض يقع عادة بفعل الغير بأن ينتزع شخص من الحائز حيازته ولا يستردها الحائز فى خلال سنة ، أما تقطع الحيازة فيكون بفعل الحائز نفسه بأن ينقطع عن استعمال الحق إلا فى فترات متباعدة غير منتظمة على خلاف المألوف لاستعمال صاحب الحق حقه. وحتى لو انقطع التقادم بفقد الحائز للحيازة أو بتخليه عنها طوعا ، فان هذا الانقطاع يفترض وجود حيازة سابقة مستمرة غير متقطعة على الوجه الذى سبق بيانه . وعلى ذلك ينقطع التقادم دون أن تتقطع الحيازة .

وينقطع التقادم دون أن تتقطع الحيازة ، لا فى الفرض المتقدم فحسب ، بل أيضا عندما ينقطع التقادم انقطاعا حكميا بالمطالبة القضائية وما فى حكمها وباقرار الحائز بحق صاحب الحق . فى هذه الأحوال ينقطع التقادم ولا تحسب مدة الحيازة التى سبقت هذا الانقطاع ، ولكن الحيازة تبقى مستمرة غير متقطعة فى حالة انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وما فى حكمها ، وتبقى أيضا مستمرة غير متقطعة فى حالة انقطاع التقادم باقرار الحائز بحق صاحب الحق ولكنها تفقد عنصر القصد فيصبح الحائز حائزا لحساب غيره .

وعلى العكس من ذلك قد تتقطع الحيازة دون أن ينقطع التقادم ، ويتحقق هذا الفرض إذا بقى التقادم مستمرا دون أن ينقطع بسبب من أسباب انقطاعه ، ولكن الحائز مع ذلك يستعمل الحق فى فترات متباعدة غير منتظمة مما يجعل الحيازة متقطعة على النحو السالف ذكره . ويلاحظ فى هذه الحالة أنه لا تكون هناك ثمة حاجة لقطع التقادم ، لأن الحيازة نفسها تكون متقطعة فلا تصلح أساسا للتقادم (١) .

ويختلف انقطاع التقادم عن تقطع الحيازة من ناحية عبء الإثبات فيما يتعلق بانقطاع التقادم يكون المفروض أن التقادم لم ينقطع ، وعلى من

(١) أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٣ .

يدعى انقطاعه أن يثبت ذلك ، فلا يقع عبء الإثبات على الحائز . أما فيما يتعلق بتقطع الحيازة ، فان عبء الإثبات يقع على الحائز ، وعليه أن يثبت أن حيازته مستمرة غير متقطعة [١] .

ثم إن عيب تقطع الحيازة عيب مطلق كما قدمنا [٢] ، فلكل ذى مصلحة أن يتمسك به . أما فى انقطاع التقادم فيجب التمييز بين ما إذا كان هذا الانقطاع قد وقع بسبب المطالبة القضائية وما فى حكمها فيكون الانقطاع غير مطلق ولا ينقطع التقادم إلا لمصلحة من قام بالمطالبة القضائية وما فى حكمها ، وبين ما إذا كان الانقطاع قد وقع بسبب التخلى عن الحيازة أو فقدها فيكون الانقطاع مطلقا ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، أو وقع بسبب إقرار الحائز بحق صاحب الحق ، فتنقلب الحيازة كما قدمنا إلى حيازة عرضية ولكل ذى مصلحة هنا أيضا أن يتمسك بعرضية الحيازة [٣] .

العيب الثانى – الخفاء أو عدم العلانية :

٢٧٩ – معنى الخفاء أو عدم العلانية : قد تكون الحيازة مستمرة على الوجه الذى أسلفناه فتخلو من عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الخفاء أو عدم العلانية . فالحيازة يجب أن تكون علنية غير خفية ، يباشرها الحائز على مشهد من الناس ، أو فى القليل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذى يستعمله الحائز . فاذا أخفاها الحائز عن المالك أو صاحب الحق ، بحيث لا يشعر هذا بأن حقه فى حيازة غيره ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية ، ومن ثم لا تكون صالحة لأن تحمى بدعاوى الحيازة ولا لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم . هذا إلى أن من يحوز حقا يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب الحق ، وصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علنا [٤] .

---

(١) أنظر فى ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٤ – فقرة ٢٤٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٧ .

(٣) أنظر فى هذا المعنى كولميه دى سانتير فقرة ٢٣٩ مكررة (٥) – بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٩ – ويلاحظ أن عيب عدم استمرار الحيازة يتصل بعيب الخفاء ، كما يتصل بأعمال التسامح – فالحيازة التى تعتبر غير مستمرة كثيراً ما تكون فى الوقت ذاته حيازة خفية ، وتكون كذلك عملا من أعمال التسامح (بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٠) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

وإخفاء حيازة المنقول سهل ميسور . وما على الحائز إلا أن يخفى المنقول في حرز فيبعده عن أعين الناس . كما إذا أخفى الحائز الجوهرات التي يحوزها أو الأوراق المالية أو الأمتعة أو الأثاث أو التحف الفنية أو غير ذلك من المنقولات التي يمكن إخفاؤها . أما إخفاء حيازة العقار فأمر ليس باليسير ، إذ يصعب أن يخفى الحائز حيازته لمنزل وهو يسكنه (١) أو يؤجره ، أو يخفى حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بإيجارها (٢) . ومع ذلك يمكن أن نتصور شخصا يوسع من كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب يحفره تحت أرض جاره ، دون أن يشعر الجار بذلك . ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تنم عن السرداب الذى حفره تحت أرض الجار . ففى هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية . لا يحتج بها على الجار لا عن طريق رفع دعاوى الحيازة ولا عن طريق التملك بالتقادم (٣) . كذلك قد يعتبر ، في رأى ، أن جور الجار على شريط صغير من أرض جاره على حدود ملكه ، وإدخال هذا الشريط في أرضه يزرعه أو يمد إليه بناءه ، دون أن يشعر الجار بذلك ودون أن تكون هناك علامة ظاهرة تنم عن مجاوزة الحائز لحدود ملكه ، حيازة خفية لا تصلح أساسا لدعاوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم (٤) . وإذا سلمنا بهذا الرأى ، فان خفاء الحيازة لا يؤثر فيما حسن

---

(١) ومع هذا قد يقع ذلك نادراً ، فقد قضت محكمة النقض بأن تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها هو مما يدخل في تحصيل فهم الواقع في الدعوى ، فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض . وإذن فإذا كانت المحكمة قد استخلصت من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلى طلبى إدخال الكهرباء والماء في المنزل محل الدعوى مصرحاً في كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غيره ، وأن نية تملكه المنزل لم تكن إلى أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة ، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهراً على النحو المطلوب قانوناً ، فحكمها بذلك لا معقب عليه (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ٢) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

(٣) أنظر في هذا الصدد بودرى وتيسييه فقرة ٢٦٣ ص ٢٠٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٢ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ١١٧٢ .

(٤) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ ص ١٧٣ هامش ٢ – محكمة السين ١٠ فبراير سنة ١٨٢٠ – باريس ٢٨ فبراير سنة ١٨٢١ و ٣٠ نوفبر سنة ١٨٢٥ S.chr . وانظر عكس ذلك وأن الحيازة في هذه الحالة تكون حيازة ظاهرة إذ أن أعمال الحيازة أعمال علنية غير خفية : ترولون فقرة ٣٥٢ – لوران فقرة ٢٨٨ – هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ – جيوار فقرة ٤٦١ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٦٣ .

نية الحائز أو سوء نيته ، فهي تبقى حيازة خفية حتى لو كان الحائز قد جار على هذا الشريط من أرض جاره بحسن نية وهو يعتقد أنه لم يجاوز حدود ملكه[1] .

وليس من الضروري . حتى تكون الحيازة علنية غير خفية . أن يعلم بها المالك على سبيل اليقين ، بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها . فامكان العلم ، وليس العلم ذاته ، هو الذي يجعل الحيازة علنية خالية من عيب الخفاء[2] .

٢٨٠ ـ عيب الخفاء أو عدم العلانية عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت عنه الحيازة : وعيب الخفاء أو عدم العلانية ، بخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (vice relatif) . وفي هذا تقول المادة ٢/٩٤٩ مدني ، كما رأينا[3] ، إنه إذا حصلت الحيازة خفية « فلا يكون لها أثر قبل من . . . أخفيت عنه الحيازة » . فالذي يحتج بخفاء الحيازة هو من أخفيت عنه وحده دون غيره ممن تكون الحيازة ظاهرة أمام عينيه . فليس من الضروري إذن أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء ، بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذي يحوزه الحائز حتى يستطيع هذا أن يتمسك بأنها حيازة معيبة ، ولو كانت ظاهرة امام غيره من الناس وبعبارة أخرى يصح أن تكون الحيازة ظاهرة أمام الناس ولكنها خافية على صاحب الحق ، فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك بخفائها[4] . وعلى العكس من ذلك إذا كانت الحيازة ظاهرة أمام صاحب الحق ، ولكنها خافية على سائر الناس ، لم يجز لصاحب الحق أن يتمسك بخفاء الحيازة بدعوى أنها خافية عن الناس ما دامت ظاهرة له هو[5] .

وهناك رأي يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق ، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانت ظاهرة أمام جميع الناس . فاذا خفيت على بعض الناس دون

---

(١) جيوار فقرة ٤٥٧ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٦١ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٢٦٠ ص ٢٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٤) فلو أن مستأجر العين قد غير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة عن طريق فعل الغير ، بأن استصدر لنفسه عقد بيع للعين من الغير ، ولكنه بقي يدفع الأجرة للمؤجر ، فإن الحيازة وإن انقلبت إلى حيازة أصيلة تكون حيازة خفية بالنسبة إلى المؤجر ، فلا يحتج بها عليه (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٧٢) .

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٣ – مارتى ورينو فقرة ٢١ ص ٢٨ .

بعض ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء ، حتى لو كانت ظاهرة لصاحب الحق نفسه . فالحائز لحق يجب أن يستعمله كما يستعمله صاحب الحق نفسه . وصاحب الحق يستعمل حقه علنا أمام جميع الناس . وإذا أمكن فى دعوى الحيازة التساهل فى شرط الخفاء وعدم اشتراط أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس والاكتفاء بأن تكون خافية على صاحب الحق وحده . فى التملك بالتقادم لا يجوز هذا التساهل بل يجب اشتراط أن يكون الحيازة خافية على جميع الناس ، إذ أن من يريد أن يتملك حقا بالتقادم يجب أن يظهر أمام جميع الناس على أنه هو صاحب الحق[١] ولكن هذا الرأى لم يسد . والذى ساد هو الرأى الأول[٢] . وقد أخذ التقنين المدنى المصرى صراحة بهذا الرأى الأول السائد كما سبق القول[٣] .

٢٨١ – زوال عيب الخفاء بظهور الحيازة : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة ، كذلك يزول عيب الخفاء إذا ظهرت الحيازة واستطاع أن يعلم بها صاحب الحق . فإذا ما زال عيب الخفاء على هذا النحو ، أصبحت الحيازة صالحة لأن تنتج آثارها ، وخاصة أصبح من الحائز أن تحمى بدعاوى الحيازة وأن تؤدى إلى التملك بالتقادم ، ولكن من الوقت الذى يزول فيه عيب الخفاء . وتقضى المادة ٢/٩٤٩ مدنى صراحة فى هذا الخصوص بأنه إذا اقترنت الحيازة « بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب »[٤] .

وعلى ذلك إذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة معينة ، ثم ظهرت بعد ذلك . فلا يعتد بالمدة التى كانت خفية فى أثنائها . ولا تكون الحيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت أن ظهرت . فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة . وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها[٥] .

(١) أنظر من هذا الرأى تولان فقرة ٢٨٩ – كولميه دى سانتير فقرة ٣٣٩ مكررة(٧) .

(٢) ديرانتون فقرة ٢١٥ – هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ – جيوار فقرة ٤٦٠ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٣ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٣ – مارتى ورينو فقرة ٢١ ص ٢٨ .

(٣) أنظر م ٢/٩٤٩ مدنى آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٢٦٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

أما إذا بدأت الحيازة ظاهرة ثم خفيت بعد ذلك ، فلا يعتد بها إلا فى الوقت الذى كانت فيه ظاهرة ، ومنذ الوقت الذى أصبحت فيه خفية لا تنتج آثارها . فإذا كانت مدة التقادم لم تكتمل فى نهاية الوقت الذى ظلت فيه الحيازة ظاهرة ، فإن خفاءها بعد ذلك يقطع التقادم إذ تصبح الحيازة معيبة ، وشرط التقادم ان تكتمل مدته والحيازة قائمة خالية من العيوب

العيب الثالث — الإكراه أو الهدوء

٢٨٢ — معنى الإكراه أو عدم الهدوء : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم فتخلو من عيبى عدم الاستمرار والخفاء ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الإكراه أو عدم الهدوء . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عدم الهدوء إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد(١) ، وبقى محتفظا بها دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذى حصل عليها به . فما دام الحائز قد حصل على الحيازة على هذا الوجه ، فإن حيازته تكون مشوبة بعيب الإكراه . مادامت القوة أو التهديد باقيا لم ينقطع(٢) . ويستوى فى ذلك أن تكون القوة أو التهديد قد استعمل ضد المالك الحقيقى لانتزاع ملكه منه أو استعمل ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته ، كما يستوى أن يكون من استعمل القوة أو التهديد هو الحائز نفسه أو أعوان له يعملون باسمه(٣) . ويستوى أخيرا أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد ، أو أن يكون الحائز السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرها(٤) .

ويخلص من ذلك أن الإكراه يجب أن يكون قد استعمل ابتداء للحصول على الحيازة(٥) ، وأن يكون قد بقى مستعملا لاستبقائها دون أن ينقطع . وقد

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥م ٨ ص ٣٨—٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٥—١٨ يناير سنة ١٩٣٨م ٥٠ ص ١٠٣ — وقد قضى بأنه إذا استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من التحقيق ومن انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثاً ، وأن وضع يده لم يكن هادئاً ، فذلك من التقديرات الموضوعية التى لا معقب عليها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠) .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ .

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٢٥١ .

(٥) فاذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً . فالتعدى على حيازته بعد ذلك ودفع الحائز هذا التعدى عن حيازته ليس من شأنهما أن يجعلا الحيازة مشوبة بالإكراه . وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه ، أما إذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً ، فان

كان هذا هو حكم القانون الرومانى ، وبه يقول فريق من رجال الفقه فى فرنسا [١] . وعلى ذلك إذا انقطع الإكراه وبقى الحائز بعد انقطاعه مستمراً فى حيازته ، فان الحيازة تصبح هادئة خالية من عيب الإكراه ، ومن ثم تصبح صالحة لإنتاج آثارها ، حتى لو اضطر الحائز بعد ذلك وقد رأى حيازته عادت مهددة أن يدفع القوة بالقوة ، ما دامت الحيازة لم تنتزع منه فينقطع بانتزاعها التقادم . وهذا هو الرأى الذى أخذت به ضمنا محكمة النقض فى مصر ، عند ما قضت بأن التعدى الذى يقع فى أثناء حيازة بدأت هادئة . ويعنه الحائز ، لا يشوب الحيازة التى تظل هادئة بالرغم من ذلك [٢] .

ولكن القضاء الفرنسى وفريقا آخر من رجال الفقه فى فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفى أن ينقطع الإكراه الذى حصل به الحائز على الحيازة ابتداء ، حتى تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه . بل يجب فوق ذلك أن تستمر الحيازة هادئة (paisible) طوال المدة التى تبقى فيها ، فاذا كانت مهددة يعكر صفاءها أن يكون صاحبها مضطرا فى أى وقت للدفاع عنها بالقوة ، فانها تكون حيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية . كذلك تكون الحيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، حتى لو حصل عليها صاحبها ابتداء بغير القوة أو التهديد ، ولكنه بعد ذلك أصبح مهددا فى حيازته بحيث يعكر صفاء هذه الحيازة احتمال انتزاعها منه عنوة واضطراره فى أى وقت لأن يواجه هذا الاحتمال ولأن يدفع القوة بالقوة [٣] .

= التعدى الذى يقع فى أثناء الحيازة ويعنه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أوتعكيراً متواصلا للحيازة دون ان يبين متى بدأ هذا التعكير ، وهل كان مقارناً لبدء الحيازة أوتالياً لبدئها ، وأثره فى استمرار الحيازة ، فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ – وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٣ – بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ وفقرة ٢٥٤ ص ٢٠١ – ص ٢٠٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧١ – ص ١٧٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه .

(٣) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩ – ١ – ٤٤٩ – ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ – ١ – ٤١٢ – ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ١٥٩ – ترولون فقرة ٣٥٠ ص ٤١١ وص ٤١٨ – ماركاديه المادة ٢٢٢٩ فقرة ٤ – لوران فقرة ٢٨٠ – بفنوار ص ٢٠٨ – جيرار فقرة ٤٥٣

ولكن أصحاب هذا الرأى يقتربون كثيرا من الرأى الأول بادخال تحفظين على رأيهم : (١) فعندهم أنه لا يعكر من صفو الحيازة ولا يجعلها مشوبة بعيب الإكراه أن يضطر الدائن ، فى أثناء حيازته ، إلى الإكراه السلبي (violence passive) ، فيتحمل العنف الصادر من الغير ويستبقى الحيازة.مع ذلك دون أن يدفع هذا العنف بالقوة . وحجتهم فى ذلك أنه لايجوز التسليم بأن عملا يصدر من الغير لا يتحمل الحائز تبعته ، ويكون من شأن هذا العمل أن يجعل الحيازة معيبة . (٢) وحتى لو اضطر الحائز إلى الإكراه الإيجابى (violence aetive) ودفع عن حيازته القوة بالقوة ، فان أعمال الإكراه الصادرة من الغير لا يكون من شأنها أن تعيب الحيازة إذا كانت أعمالا قد ارتكبت من بعيد (de loin en loin) . فهذان التحفظان يؤديان إلى القول بأن أعمال العنف الواقعة على الحيازة بعد استقرارها ، سواء قوومت مقاومة سلبية أو قوومت مقاومة إيجابية ، لا يكون من شأنها أن تشوب الحيازة بعيب الإكراه ، فالإكراه إذن لا يعتد به إلا إذا كان الحائز نفسه هو الذى ارتكبه للحصول على الحيازة ابتداء[١] .

٢٨٣ ـ عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه : وعيب الإكراه أو عدم الهدوء ، كعيب الخفاء أو عدم العلانية ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (vice relatif) ، وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدنى فيما رأينا[٢] . فاذا انتزع شخص من آخر حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازة

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٧٨ - مارتى ورينو فقرة ٢٢ - ومهما يكن من أمر ، فان مجرد المنازعة القضائية لاينفى قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لكسب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٤) . ومن باب أولى مجرد توجيه إنذار إلى الحائز من منازعه لاينفى قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة (نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ : إذا اقترنت (الحيازة) باكراه . . . فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه . . . (م ٩٤٩-٢ مدنى) .

منتزع الحيازة مشوبة بعيب الإكراه بالنسبة إلى الشخص الآخر الذى انتزعت منه الحيازة وحده . وبالنسبة إلى هذا الشخص الآخر وحده ، لا يستطيع منتزع الحيازة أن يحتج بحيازته للتملك بالتقدم إلا إذا انقطع الإكراه ومن وقت انقطاعه . وكذلك لا يستطيع أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة إلا إذا انقطع الإكراه كذلك . وحتى لو انقطع الإكراه فإن من انتزعت منه الحيازة يستطيع أن يستردها فى خلال السنة التالية لانتزاعها منه طبقا لقواعد دعوى استرداد الحيازة التى سيأتى بيانها .

فاذا كان الشخص الذى انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك ، لم يجز للمالك أن يحتج على منتزع الحيازة بعيب الإكراه ، لأن المالك ليس هو الذى وقع عليه الإكراه ، وعيب الإكراه كما قدمنا عيب نسبى لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه . وعلى ذلك يجوز لمنتزع الحيازة فى هذه الحالة أن يحتج بحيازته على المالك باعتبارها خالية من عيب الإكراه ، فيحمى هذه الحيازة منه بدعاوى الحيازة كما يستطيع أن يتملك ضده بالتقادم [1] .

٢٨٤ – زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، كذلك يزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدنى ، إذ تقضى كما رأينا [2] بأنه إذا اقترنت الحيازة بإكراه لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذى يزول فيه هذا العيب . وزوال العيب هنا يكون بانقطاع الإكراه .

---

(١) نقض فرنسى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ١٥٩ – ماركاديه المادة ٢٢٣٤ فقرة ٤ – هيك ١٤ فقرة ٣٥٠ – جيوار فقرة ٤٥٦ – بفنوار ص ٤٠٩ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ – ص ١٣٥ – بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ – ص ١٧٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٠ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٧١ ص ٩٥٣ .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الإكراه عيب مطلق يجوز لكل ذى مصلحة أن يحتج به ، ولا يقتصر جواز الاحتجاج به على من وقع عليه الإكراه وحده . والقائلون بهذا الرأى (لوران فقرة ٢٨٥ – كولميه دى سانتير ٨ فقرة ٣٣٩ مكررة ٦) هم القائلون بأن عيب الخفاء عيب مطلق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٢٨٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ – وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٢ .

فاذا انتزع شخص حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازته مشوبة بعيب الإكراه مادام الإكراه قائما وما دام الحائز مستبقيا العين فى حيازته بالإكراه . فاذا ما انقطع الإكراه ، واستقرت الحيازة لمنتزعها ، فان عيب الإكراه يزول . فيجوز لمنتزع الحيازة بعد زوال الإكراه أن يحمى حيازته بدعاوى الحيازة وأن يتملك بالتقادم ، بالنسبة إلى الشخص الذى انتزع منه الحيازة وبالنسبة إلى أى شخص آخر ولو كان هو المالك الحقيقى للعين [1] .

ويلاحظ مع ذلك أن الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه له أن يستردها فى خلال سنة من وقت إنتزاعها منه بدعوة استرداد الحيازة [2] ، وفقا للقواعد المقررة فى هذه الدعوى والتى سيأتى بيانها .

العيب الرابع – الغموض أو اللبس :

٢٨٥ – معنى الغموض أو اللبس : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة وهادئة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فتخلو من عيوب عدم الاستمرار والخفاء والإكراه ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الغموض أو اللبس . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس إذا هى اشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد ، أحد عنصرى الحيازة المتقدم ذكرهما . ويشتبه أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد إذا احتملت معنيين ، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ومعنى أنه يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معاً .

---

(١) ولاتصير الحيازة معيبة بعيب الإكراه بعد ذلك ، حتى لواضطر الحائز إلى دفع الاعتداء عنها ولو بالقوة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهامش ٢٦ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٣) – ولم يكن هذا هو الحكم فى القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون يقضى بأن عيب الإكراه لايزول إلا إذا رجعت العين إلى حيازة الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢) .

(٢) فإذا لم يستردها فى خلال السنة ، أنتجت الحيازة آثارها ومنها جواز التملك بالتقادم ؛ وذلك بأثر رجعى من وقت استيلاء منتزع الحيازة على العين وصيرورة حيازته هادئة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهامش ٢٦ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٢ ص ٢٠٠) .

وهناك مثلان يقدمان عادة للحيازة التي يشوبها عيب الغموض أو اللبس[١] :

(المثل الأول) شخص يموت ويوجد فى منزله أشياء – كمجوهرات أو أثاث أو أوراق مالية أو منقولات أخرى – تكون فى حيازة زوجته ، أو وارث يعيش معه ، أو رفيقة يعاشرها ، أو خادم ، أو أحد من أتباعه ممن يعيشون معه . فالمعاشرة وحدها قد لا تكفى لتعييب الحيازة ، ولكنها قد تشوب الحيازة بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد من هؤلاء ممن كانو يعيشون مع الميت تحتمل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة لحساب الميت بحكم المعاشرة . فاذا احتج الحائز بهذه الحيازة ، أمكن القول إنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس . ومن ثم لا تنتج آثارها . (المثل الثانى) أن تكون هناك عين شائعة ، فيحوزها أحد الشركاء فى الشيوع وقد يتمسك هذا الشريك بأنه قد حاز العين لحساب نفسه خاصة ، ولكن أعمال الحيازة المادية التى يأتيها فى العين تكون من قبيل الأعمال التى يأتيها الشريك فى الشيوع ، وأعمال الشريك فى الشيوع هى نفس أعمال المالك ملكية مفرزة ، ولكن يأتيها الشريك بنيه أنه يوجد غيره معه يشاركه فى الملك . فهنا يقدم اللبس فى حيازة الشريك فى الشيوع للعين الشائعة إذا تمسك بأنه يحوز العين لحسابه خاصة ، إذ هى حيازة تحتمل هذا المعنى كما تحتمل معنى أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء فى الشيوع[٢] .

---

(١) أنظر فى أمثلة أخرى بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٩ ص ٢٢٥ – مازو وفقرة ١٤٤٠ ص ١١٦٢ .

(٢) أنظر استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٥ – ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤١ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠–١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ – ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ – ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٩ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ – ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ – أول أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٠ – ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ – ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٧ – ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ – أول أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٦ – ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٢ – استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٨ص ٣٢٤–١٥ أكتوبر سنة١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٤ ص ١٤٤–٩ نوفبر سنة ١٩٢٦ المحاماة٧ رقم ٣٧٤ ص ٦٤٤ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دفع الغير العوايد لاينبنى عليه جعل حيازة واضع اليد على أرض ما غامضة ، ولايمنع التقادم المكسب الحاصل لمصلحته ، إلا إذا ثبت أن واضع اليد كان عالماً بلك (استئناف مختلط ٢٥ نوفبر سنة١٩٤١م ٥٤ ص ١٤).

فتكون الحيازة فى هذه الحالة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنتج آثارها [١] .

ونرى من ذلك أن عيب الغموض أو اللبس ينصب على عنصر القصد فى الحيازة كما سبق القول ، ولا يختلط بغيره من العيوب الأخرى للحيازة . ولكن هناك رأيا يذهب إلى أن عيب الغموض ليس بعيب مستقل ، بل هو يختلط بالعيوب الأخرى . إذ هو فى هذا الرأى يتناول ما تقدم ، ويشمل أيضا أن يكون خلو الحيازة من العيوب الأخرى ، عيب عدم الاستمرار وعيب الخفاء وعيب الإكراه ، غير ثابت ثبوتا تاما ، بل إن فيه شيئا من اللبس ، فتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض [٢] . ولكن يحسن الوقوف عند الرأى

(١) أنظر فى غموض الحيازة فى هذين المثلين : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ ص ١٧٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٧٣ – وانظر فى غموض حيازة العين الشائعة بودرى وتيسييه فقرة ٢٩٠ – فقرة ٢٩٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب المفرز من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد . ولافارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً فى ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حصته مراعياً حصة غيره ، كما لو اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم فيه حصة ، جاز أن يتملكوه بالتقادم سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو ناب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض . هذا إذا لم يكن لمالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبيه . أما إذا كان للمالك يد على العقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدى إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٧ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية قديماً بأن وضع يد أرشد العائلة على الأطيان العائلية بصفته مديراً لها لايكسبه الملكية بمضى المدة الطويلة (استئناف وطنى ٣١ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٨٠–٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ص ٢٧٣ – ٢١ مارس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص ٣٥ – ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٨٥ – ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٩٠) . وتأكد هذا المبدأ بعد ذلك : استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ – وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٧ – ١٢ يونيه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٧ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٧ – فقرة ٢٨٨ .

الأول ، والقول بأن عيب الغموض عيب مستقل ، وبأنه ينصب على عنصر القصد وحده ، ولا يختلط بالعيوب الأخرى للحيازة . أما الرأى الآخر فيخلط بين خلو الحيازة من العيوب وبين درجة إثبات خلوها منها . فإن كان هذا الخلو ثابتا ثبوتا تاما لم تكن الحيازة مشوبة بعيب الغموض . أما إذا لم يكن ثابتا ثبوتا تاما فإنها تكون مشوبة بهذا العيب . وهذا لا يجعل لعيب الغموض معنى ، وإذا أخذنا به كان الأولى عدم ذكر الغموض كعيب فى الحيازة ، والاقتصار على القول بأن خلو الحيازة من العيوب يجب أن يكون ثابتا ثبوتا تاما . ومثل هذا القول لا وزن له ، إذ أنه من البديهى ، إذا اشترط القانون خلو الحيازة من العيوب ، أن يكون هذا الخلو ثابتا ثبوتا تاما ، شأنه فى ذلك شأن أى أمر آخر يتمسك به الخصم ويكون عليه عبء إثباته [1] .

٢٨٦ – عيب الغموض أو اللبس عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه الأمر : وعيب الغموض أو اللبس ، كعيب الخفاء وعيب الإكراه ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار ، عيب نسبى (vice relatif) وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ فيما رأينا [2] . فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر الحيازة من حيث عنصر القصد .

ففى المثل الذى قدمناه عن الحيازة الغامضة عند الزوجة والوارث والخادم والتابع ممن كانوا يعيشون مع الميت فى مسكن واحد ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل ورثة الميت الآخرين ، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة ، ولكن يحتج بها على غير ورثة الميت . وفى المثل الآخر ، وهو الحيازة الغامضة عند الشريك فى الشيوع ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشركاء الآخرين فى الشيوع ، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة [3] . ولكن

---

(١) لوران ٣٢ فقرة ٢٩٠ وما بعدها – بفنوار ص ٢٦٥ وما بعدها – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ – مارتى ورينو فقرة ٢٤ – وانظر نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩٦٢ Bull. civ. فقرة ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) استئناف وطنى ٣١ أغسطس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣٥٧ – ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ١٥٧ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٢ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٤٥ – ١١ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٦٢ – ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠١ ص ٩٤ – ٢٣ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ –

يحتج بها على غير هؤلاء الشركاء[1] .

٢٨٧ ـ زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، ويزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ، كذلك يزول عيب الغموض بانتفاء اللبس ، ومن وقت هذا الانتفاء . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدنى ، إذ تقضى كما رأينا [2] بأنه إذا شاب الحيازة لبس أو غموض لم يكن لها أثر قبل من التبس عليه أمرها إلا من وقت أن يزول هذا العيب وينتفى اللبس أو الغموض .

فاذا كانت حيازة الوارث أو من يعيش مع الميت حيازة غامضة ، أو كانت حيازة الشريك فى الشيوع حيازة غامضة ، ظلت الحيازة فى كل من الحالتين على غموضها ، إلى أن ينتفى اللبس ، ويزول الغموض . وينتفى اللبس ويزول الغموض ، إذا عمد الحائز الذى يشوب حيازته الغموض إلى التصرف فى العين تصرفا يظهر بجلاء وفى غير لبس أو غموض أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه خاصة ، وأنه أصبح واضحا أنه لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً .

ولا يشترط فى ذلك تغيير صفة الحيازة بأحد السببين اللذين تتغير بهما صفة الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل من الغير أو فعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك [3] ، فان الحيازة الغامضة غير الحيازة العرضية ، والمقصود هو إزالة الغموض لا تحويل حيازة عرضية إلى حيازة

= رقم ١٧٣ ص ١٥٥ – وتسقط قرينة أن الشريك وضع يده كشريك ، وتصبح الحيازة غير غامضة إذ تتمحض لحساب هذا الشريك خاصة ، إذا هو قام بأعمال تتنافى حقوق بقية الشركاء (استئناف وطنى ٦ نوفبرسنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ – ٢٤ فبرايرسنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤) .

(١) أنظر عكس ذلك وأن عيب الغموض عيب مطلق لانسبى : مازو فقرة ١٤٤٣ – وانظر فى أن الغموض يهدم الحيازة من أساسها إذ ينفى عنصر القصد ، وليس بمجرد عيب يشوب الحيازة : بيدان فقرة ٦٧٩ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٦ ص ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

أصيلة(١) . لذلك يكفى فى زوال عيب الغموض أو اللبس أن يكون تصرف الحائز بحيث يستخلص منه فى وضوح أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ولا يحوز لحساب غيره . فيستأثر مثلا من كان يعيش مع الميت بما فى حيازته من المنقولات ، بأن يعلن أنها له وحده وليس للميت أى حق فيها ، أو أن يقرر فى قائمة الجرد أن هذه المنقولات هى ملكه ويجب استبعادها من قائمة الجرد . ويستقل حائز العين الشائعة بحيازتها فلا يشاركه فى هذه الحيازة أحد غيره من الشركاء ، وإذا حاول شريك أن يفعل منعه من ذلك . فهنا يظهر فى غير لبس ولا غموض أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ، ويزول بذلك عيب الغموض أو اللبس ، وتصبح الحيازة صالحة لإنتاج آثارها . ولكن يجب أن تصدر من الحائز أعمال ظاهرة صريحة فى أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ، وتتعارض هذه الأعمال مع أية حيازة أخرى يمكن أن تخالط حيازته(٢) .

§ ٣ – الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

Possession de bonne foi et possession de mauvaise foi)

٢٨٨ – نصوص قانونية : تنص المادة ٩٦٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم » .

« ٢ – فاذا كان الحائز شخصا معنويا ، فالعبرة بنية من يمثله » .

« ٣ – وحسن النية يفترض دائما ، ما لم يقم الدليل على العكس » .

وتنص المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ – لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير » .

« ٢ – ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى ، ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

(٢) استئناف وطنى ٦ نوفبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ – ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين) – نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ – ١ – ٣٤٨ – لوران فقرة ٢٩٢ – بفنوار ص ٢٧٢ وص ٢٧٦ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

وتنص المادة ٩٦٧ مدنى على ما يأتى :

« تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »[١] .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق . ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى[٢] : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٦٥ : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء ، وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم فيعتبر حائزاً بسوء نية . ٢ - فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبرة بحسن أو سوء نية من يمثله . ٣ - وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٠ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديل لفظى « يجعل المعنى أوضح وأدق » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٧ ، بعد استبدال عبارة « فالعبرة بنية من يمثله » بعبارة « فالعبرة بحسن نية من يمثله أو بسوئها » . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٥ ، بعد استبدال كلمة « الحق » بكلمة « الشيء » وحذف عبارة « فيعتبر حائزاً بسوء نية » الواردة فى الفقرة الأولى لأنها مفهومة من غير نص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٦) .

م ٩٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٧ - ص ٤٨٨) .

م ٩٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٨ - ص ٤٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٩ - ٩٧١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٤٨ : ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير . وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك . ٢ - ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير . ويعد كذلك سيء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه ، ولو اعتقد أن له حقاً فى الحيازة . ٣ - وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك . (والتقنين العراقى فى مجموعه يتفق مع التقنين المصرى . وهناك خلاف فى بعض التفصيلات : لم يذكر التقنين العراقى ، كما ذكر التقنين المصرى ، أن الخطأ الجسيم يكون بمثابة سوء النية ، فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤٨ منه . ولم يذكر ، كما ذكر التقنين المصرى ، أن الحائز يصبح سيء النية من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه بعيوب الحيازة ، فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ منه) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٦٩ – ٩٧١ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٨ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ونخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الحيازة قد تكون بحسن نية أو بسوء نية . ونبحث ، فى صدد هذه النصوص وتمييزها بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة ، المسائل الآتية : (١) أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة . (٢) متى يعتبر الحائز حسن النية . (٣) حسن النية يفترض دائما . (٤) متى يعتبر الحائز سيء النية . (٥) إثبات سوء النية فى الحيازة . (٦) متى يعتبر الحائز سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة . (٧) احتفاظ الحيازة بصفتها حتى يقوم الدليل على العكس . (٨) صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

٢٨٩ – أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة : ليس للتمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة أهمية فى دعاوى الحيازة ، إذ يستوى فى الالتجاء إليها أن يكون الحائز حسن النية أو سيء النية . ولكن هذا التمييز له أهمية بالغة فى أحوال أخرى ، نذكر منها خاصة ما يأتى :

(١) عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على العين ، يختلف الحكم فيما إذا كان الحائز حسن النية عما إذا كان سيء النية (م ٩٨٠ / ٢ مدنى) وسنرى تفصيل ذلك فيما سيأتى [١] .

(٢) فى مسئولية الحائز عن هلاك العين التى كانت فى حيازته ، يجب التمييز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية . فان حكم أحدهما يختلف عن حكم الآخر (م ٩٨٣ – ٩٨٤ مدنى) . وسنبين ذلك تفصيلا فيما سيأتى [٢] .

(٣) فى اعتبار الحيازة سببا للتملك : يختلف حكم الحيازة بحسن نية اختلافا بينا عن حكم الحيازة بسوء نية . ويظهر ذلك فيما يأتى :

(ا) إذا كان الحائز سيء النية ، فانه لا يتملك بالتقادم ، كلا من العقار والمنقول ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وهذا هو التقادم الطويل [٣] .

(ب) إذا كان الحائز حسن النية ، فانه يتملك العقار بالتقادم القصير أى بخمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح كما سيأتى [٤] .

(حـ) وكذلك ، إذا كان حسن النية ، يتملك المنقول فى الحال بمجرد الحيازة ، إذا كان لديه سبب صحيح ، كما سيأتى [٥] .

---

(١) أنظر مايلى فقرة ٣٥٦ .　(٢) أنظر مايلى فقرة ٣٦٠ – فقرة ٣٦٢ .
(٣) أنظر مايلى فقرة ٣٦٥ وما بعدها .　(٤) أنظر مايلى فقرة ٤١٧ وما بعدها .
(٥) أنظر مايلى فقرة ٤٣٥ وما بعدها .

(د) ويتملك أخيرا ، إذا كان حسن النية ، الثمار بمجرد قبضها ، وسيأتى بيان ذلك [1] .

٢٩٠ – متى يعتبر الحائز حسن النية : رأينا [2] أن الفقرة الأولى عن المادة ٩٦٥ مدنى تنص على أنه « يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم » . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز لحق ، حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق ، يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد أن حيازته لهذا الحق لا تنطوى على اعتداء على حق للغير . وأقرب تطبيق لذلك هو أن يكون الحائز لحق الملكية يعتقد أنه هو المالك فيكون حسن النية فى حيازته لحق الملكية سواء كان هو المالك فعلا أو لم يكن . وأن يكون الحائز لحق آخر غير حق الملكية يعتقد أنه هو صاحب الحق فيكون حسن النية فى حيازته لهذا الحق سواء كان هو صاحبه أو لم يكن . فاذا اشترى شخص مثلا عينا من شخص آخر معتقدا أنه هو المالك ، وتسلم العين من البائع ، فانه يحوز حق الملكية ، ويكون فى حيازته إياه حسن النية ما دام يعتقد أنه قد اشترى من المالك ، وذلك سواء كان البائع مالكا حقيقة أو لم يكن . ويصح ، بدلا من أن يشترى العين ، أن يرثها أو أن يوصى له بها أو أن توهب له أو أن يأخذها بالشفعة ، ففى جميع هذه الأحوال إذا تسلم العين فانه يعتبر حائزا لحق الملكية بحسن نية ما دام يعتقد أن المورث أو الموصى أو الواهب أو البائع للمشترى الذى أخذ منه العين بالشفعة هو المالك ، سواء كان مالكا حقا أو غير مالك. وكذلك إذا تعاقد مع شخص على ترتيب حق ارتفاق لمصلحة عقاره على عقار مملوك لهذا الشخص ، أو ارتهن منه مالا رهن حيازة ، أو استأجر منه عينا ، فانه يحوز حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، ويعتبر حائزا حسن النية ما دام يعتقد أن الشخص الذى تعامل معه يملك نقل الحق إليه ، سواء كان هذا الشخص يملك فعلا نقل الحق إليه أو لا يملك .

وهذا هو أقرب تطبيق لعبارة « يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير » كما قدمنا . فما دام الشخص الذى يحوز الحق يعتقد أن هذا الحق له ،

---

(١) أنظر مايلى فقرة ٤٦٠ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

فلا شك فى أنه « يجهل أنه يعتدى على حق الغير » . ولكن هذه العبارة أوسع من التطبيقات التى قدمناها . فقد يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، ولكنه مع ذلك يعلم أن الحق الذى يحوزه ليس له . وأقرب مثال لذلك نجده فى الاستيلاء . فقد يعتقد شخص أن منقولا معينا غير مملوك لأحد . فيحوزه قاصدا أن يتملكه بالاستيلاء . فاذا كان المنقول ليس مالا مباحا بل هو مملوك لشخص آخر . فان الحائز للمنقول يكون جاهلا أنه فى حيازته لهذا المنقول يعتدى على حق الغير . ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له . فى هذه الحالة أيضا يكون حائزا للمنقول وهو حسن النية ، مادام لا يعلم أن المنقول مملوك لأحد . ومن هنا نرى أنه ليس من الضرورى ، فى جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير . أن يعتقد أن الحق الذى يحوزه هو حق مملوك له . والمهم ، فى حسن نية الحائز . أنه يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، وليس من الضرورى أن يعتقد أن الحق مملوك له .

ومتى جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، فانه يعتبر فى الأصل حائزا حسن النية . ومع ذلك قد يكون ، فى جهله أنه يعتدى على حق الغير ، ارتكب خطأ جسيما . فقد يكون ، فى شرائه العين من غير مالك مثلا ، فى استطاعته أن يعلم بحقيقة الأمر لو أنه بذل أقل جهد فى التحرى عنه . ومع ذلك يتقدم على الشراء فى رعونة ودون مبالاة . فاذا حاز العين التى اشتراها من غير المالك ، فانه يكون قد ارتكب خطأ جسيما فى جهله أنه بحيازته هذه يعتدى على حق الغير . ذلك بأن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، فسوء النية أمر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية ، فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هنا غير قابلة لإثبات العكس [1] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يفرض فى الحائز أنه حسن النية . أى يعتقد أنه يملك الحق الذى يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير ، على ألا يكون خطأه فى هذا الجهل جسيما ، فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، تسهيلا للإثبات فى مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

ويخلص بما تقدم أنه حتى يعتبر الحائز حسن النية يجب توافر عنصرين ، أحدهما ذاتى والآخر موضوعى . فالعنصر الذاتى هو أن يكون الحائز جاهلا أنه يعتدى على حق الغير . فأى شك يختلج فى صدره أنه قد يكون معتديا على حق الغير يهدم هذا العنصر الذاتى ، ويجعل الحائز سيء النية . والعنصر الموضوعى هو أن يكون الحائز ، فى جهله أنه يعتدى بحيازته على حق =

وإذا كان الحائز شخصا معنويا كجمعية أو شركة ، فلما كان لا يمكن أن يكون للشخص المعنوى نية كالشخص الطبيعي ، فقد جعل القانون العبرة بنية من يمثل هذا الشخص المعنوى ، من مدير أو مفوض أو غير ذلك . فاذا كانت نية هذا الشخص الطبيعي حسنة على الوجه المبين فيما قدمناه ، كان الشخص المعنوى نفسه حسن النية ، وإلا فهو سيء النية . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدنى ، كما رأينا [١] ، في هذا الصدد على ما يأتى : « فاذا كان الحائز شخصا معنويا ، فالعبرة بنية من يمثله » .

ويخلص من ذلك أن الحائز يكون حسن النية إذا لم يعلم ، وكان لا يستطيع أن يعلم ، أنه فى حيازته هذه قد اعتدى على حق الغير .

٢٩١ – حسن النية يفترض دائما : ولا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته ، فالمفروض أصلا أنه حسن النية ، إلى أن يثبت خصمه العكس . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدنى ، كما رأينا [٢] ، على ما يأتى : « وحسن النية يفترض دائما ، ما لم يقم الدليل على العكس » .

والسبب فى افتراض حسن النية فى الحائز أن المشاهد فى أغلب الأحيان أن الشخص الذى يحوز شيئا يكون هو المالك له ، والذى يستعمل حقا غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق . فافترض القانون حسن النية فى الحائز ، أخذا بالغالب الراجح . وذلك إلى أن يثبت من يدعى أن الحائز سيء النية سوء نيته ، فيحمل هذا المدعى عبء إثبات سوء النية . مثل ذلك أن يرفع

= الغير لم يرتكب خطأ جسيماً ، إذ الخطأ الجسيم يقارف سوء النية ، فيجعل الحائز – وهو حسن النية ذاتيا – سيء النية موضوعياً . ومن هذا نرى أن أى شك يخالج الحائز يجعله سيء النية ، وحتى لو لم يخالجه أى شك بل كان على يقين تام من أنه لا يعتدى على حق الغير بحيازته ، فإن الخطأ الجسيم يهدم حسن نيته إذ أن هذا الخطأ هو بمثابة سوء النية . أنظر مع ذلك انتقاداً لنص التقنين الجديد (م٩٦٥/١) : جمال الدين زكى فى رسالته فى حسن النية فى كسب الحقوق ص ٨٧ – ص ٨٨ (وعنده أن حسن النية لا يشتمل إلا على عنصر موضوعى هو انتفاء الخطأ (absence de faute) فالحائز يكون حسن النية إذا كان فى اعتدائه بحيازته على حق الغير لم يرتكب أى خطأ ولو كان خطأ يسيراً . أما إذا ارتكب خطأ ولو يسيراً فانه ، يكون سيء النية حتى لو كان من الناحية الذاتية يجهل أنه يعتدى على حق الغير : رسالته المتقدم ذكرها ص ٤٠ – ص٥٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

المالك الحقيقي على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً إياه برد العين وبالثمار التي قبضها . فيتمسك الحائز بأنه تملك الثمار بقبضها لأنه كان حسن النية في حيازته. ففي هذه الحالة لا يكلف الحائز بإثبات حسن نيته لأن حسن النية مفترض في جانبه كما قدمنا ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز كان سيء النية حتى يستطيع أن يسترد منه الثمار . والمالك يثبت أن الحائز كان سيء النية بأن يثبت أنه كان وقت حيازته يعلم أو ينبغي أن يعلم بأنه يعتدي على حق ملكيته ، على الوجه الذي سنبينه فيما يأتي(١).

هذا وافتراض حسن النية في الحائز هو الأصل . على أنه يجوز أن ينص القانون في حالة معينة على عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكليفه هو بإثبات حسن نيته . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدني من أن « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها . على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية . جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . فالمفروض هنا أن حائزاً ثبت سوء نيته ، وانتقلت حيازته إلى وارثه فأصبح هذا هو الحائز . ففي هذه الحالة لا يفرض القانون في الوارث أنه حسن النية ، بل إن الحيازة تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند المورث . فيعتبر الوارث حائزاً سيء النية كما كان مورثه ، إلى أن يثبت هو حسن نيته . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يأتي(٢) .

٢٩٢ – متى يعتبر الحائز سيء النية : يستخلص مما قدمناه أن الحائز يعتبر سيء النية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا ثبت أن الحائز كان يعلم ، وهو يحوز الحق الذي يستعمله ، أن حيازته لهذا الحق اعتداء على حق الغير . فالسارق يعتبر حائزاً سيء النية للشيء المسروق ، لأنه وهو يسرقه يعلم أنه يعتدي على حق المالك. والمغتصب لمال الغير ، عقاراً كان هذا المال أو منقولا ، يعتبر حائزاً سيء النية ، لأنه وقد اغتصب مال الغير قد علم أنه بعمله هذا قد اعتدى على حق هذا الغير . ومن وجد مالا ضائعاً فاستولى عليه لنفسه دون أن يبلغ عنه يعتبر

(١) انظر ما يلي فقرة ٢٩٣ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٣٠٠ .

حائزا سيء النية ، لأنه يعلم أن هذا المال ليس له وأن هناك احتمالا أن يكون له صاحب ، فهو يعلم إذن أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق صاحبه فيما لو ظهر أن له مالكا . ومن أخفى شيئا مسروقا وهو يعلم بسرقته يعتبر حائزا سيء النية ، لأنه يعلم أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق مالكه . ومن جار على أرض الجار فأدخل جزءا منها فى أرضه يكون حائزا سيء النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له ، لأنه يكون بحيازته إياه عالما بأنه يعتدى على حق الجار . ومن اشترى عينا من بائع لا يملكها وهو يعلم ذلك ، وتسلم العين ، يكون حائزا سيء النية ، لأنه يعلم بأن العين لم تنتقل ملكيتها إليه وأنه بحيازته إياها يعتدى على حق مالكها . ومن وجد فى تركة مورثه عينا يعلم أنها غير مملوكة للمورث ، وأدخلها فى التركة واستولى عليها ، يكون حائزا سيء النية ، لأنه يعلم بأنه يعتدى على حق مالك العين . فاذا كان يعتقد أن العين مملوكة لمورثه ولكن ثبت أن المورث كان سيء النية يعلم أن العين غير مملوكة له ، فان الوارث يكون مع ذلك حسن النية . ولكن حسن نيته فى هذه الحالة لا يفترض ويجب عليه هو أن يثبته ، لأن الحيازة تنتقل إليه من مورثه على اعتبار أنها حيازة بسوء نية إلى أن يثبت أنه هو حسن النية [1] .

(الحالة الثانية) إذا ثبت أن الحائز ، وإنه كان لا يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك . فيكون جهله بأن حيازته اعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم . وقد رأينا أن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم . وأن الحائز فى هذه الحالة يعتبر فى حكم من يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، ومن ثم يكون حائزا سيء النية [2] . فمن تسلم شيئا من شخص معروف بسوء السيرة وأنه قد ألف السرقة وكان هذا الشيء ذا قيمة كبيرة بحيث يستبعد أن يكون مملوكا لهذا الشخص ، فانه يكون حائزا سيء النية ، سواء اشترى الشيء أو ارتهنه أو قبله وديعة عنده . ويرجع ذلك إلى أنه وإن لم يثبت بوجه قاطع أن الحائز يعلم أن الشيء مسروق ، إلا أنه كان يستطيع أن يعلم أنه مسروق لو أنه بذل أقل جهد فى التحرى عن

---

(١) انظر م ٩٥٥/١ مدنى وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٠ فى آخرها .

مصدر هذا الشيء . فيكون جهله بأنه يعتدى على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم في جانبه . ومن جار على جزء من الأرض المجاورة لأرضه . وكان من السهل عليه أن يتبين لو أنه بذل أقل جهد في التحرى أن هذا الجزء من الأرض هو لجاره وليس مملوكا له ، يكون حائزا سيء النية . لأن جهله بأن حيازته اعتداء على حق الجار يرجع إلى خطأ جسيم في جانبه .

وإذا كان الحائز في البداية حسن النية ، ثم علم بعد ذلك أن العين مملوكة للغير ، فانه يصبح سيء النية من وقت هذا العلم . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٦ مدنى ، كما رأينا [١] ، صراحة على ذلك إذ تقول : « لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير » [٢] .

٢٩٣ – إثبات سوء النية في الحيازة : وقد قدمنا أنه يفترض في الحائز أنه حسن النية ، وعلى صاحب الحق الذى يستعمله الحائز أن يثبت أن الحائز سيء النية . فعلى صاحب الحق إذن أن يثبت أن الحائز يعلم ، أو كان ينبغى أن يعلم ، أن حيازته اعتداء على حقه . ولما كان علم الحائز بذلك ، أو إمكان علمه به ، واقعة مادية ، فان صاحب الحق يستطيع إثبات هذه الواقعة بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن .

ومن القرائن القانونية على علم الحائز أن يكون مورثه الذى نقل إليه الحيازة قد ثبت سوء نيته . فيفترض قانونا أن الوارث هو أيضا مثل مورثه سيء النية يعلم أن العين غير مملوكة لمورثه . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيستطيع الوارث أن ينقضها بأن يثبت أنه هو كان حسن النية خلافا لمورثه ، وأنه كان يعتقد أن العين كانت مملوكة لمورثه [٣] . ومن القرائن القضائية على علم الحائز أيضا أن يكون قد اشترى أرضا معلومة الحدود ، ومع ذلك يجاوز هذه الحدود الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا أريد إثبات أن الحائز سيء النية ، وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه ، أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

(٣) أنظر م ٩٥٥/١ مدنى آنفاً فقرة ٢٩١ .

ومن القرائن القضائية على إمكان علم الحائز بأن الشيء مملوك لشخص آخر ماقدمناه من أن يشترى هذا الشيء من شخص معروف بسوء السيرة وقد ألف السرقة ، وأن الشيء كبير القيمة بحيث يستبعد أن يكون مملوكا لهذا الشخص .

٢٩٤ – متى يعتبر الحائز سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدنى تنص على ما يأتى : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى ، ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . ويخلص من هذا النص أن هناك حالتين يعتبر فيهما الحائز سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة :

(الحالة الأولى) إذا أعلن الحائز فى صحيفة الدعوى بأن الحق الذى يحوزه ليس له وطولب برده إلى صاحبه . فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الحائز متضمنة هذا المعنى يصبح الحائز سيء النية ، حتى لو كان يعتقد بالرغم من هذا الإعلان أن الحق الذى يحوزه هو له وأن المدعى مبطل فى دعواه. فلو ظهر حقا أن المدعى مبطل فى دعواه وأن الحائز على حق فى اعتقاده بأن الحق الذى يحوزه هو له ، فلا تثار فى هذا الفرض مسألة سوء نية الحائز لأنه قد ثبت أن الحق هو حقه ، فلا يسترد منه المدعى شيئا . أما إذا ظهر أن المدعى على حق فى دعواه وأن الحق الذى يستعمله الحائز ليس له . فعندئذ يعامل الحائز كما لو كان سيء النية من وقت أن وصل إليه إعلان المدعى ، حتى لو أثبت أنه كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة بالرغم من هذا الإعلان كما سبق القول . ويترتب على ذلك بوجه خاص أنه يطالب برد جميع ثمار العين التى قبضها والتى قصر فى قبضها من وقت أن يصبح سيء النية ، أى من وقت وصول إعلان المدعى إليه على النحو الذى قدمناه . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٧٩ مدنى إذ تقول : « يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .
(٢) انظر فقرة ٤٧١ .

ويلاحظ أن الحائز لا يطالب برد الثمرات إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه . ففى هذا الوقت فقط تمكن القول بأنه علم بما يوجه إلى حيازته من اعتراض ، بحيث لو كان هذا الاعتراض صحيحاً أمكن تبرير مطالبته برد الثمرات من وقت علمه بالاعتراض كما لو كان سيء النية . ولا يكفى فى ذلك قيد الدعوى فى قلم كتاب المحكمة وتقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا . فان المادة ٧٥ من تقنين المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ إنما تعتبر « الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا ، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها » . ومن باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى اعتبار الحائز سيء النية ، فلا يترتب هذا الأثر إلا من وقت إعلان الحائز فعلا بصحيفة الدعوى [1] .

---

(١) وهناك مشروع لتنقيح تقنين المرافعات . جاء فى المادة ٦٢ منه أن « ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . وتنص المادة ٦٧ من المشروع على أن « يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها . وعليه فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ، ورد الأصل إلى قلم الكتاب » . وتنص المادة ٦٨ من المشروع على أنه « على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى أثناء هذا الميعاد ، فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة . وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور . . . » – ويستخلص من هذه النصوص أن الدعوى تعتبر مرفوعة من وقت إيداع صحيفتها بقلم كتاب المحكمة ، وأن قلم الكتاب يسلم الصحيفة إلى قلم المحضرين فى اليوم التالى على الأكثر من تاريخ إيداعها ، وأن قلم المحضرين يقوم بإعلانها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . وعلى ذلك تعتبر الدعوى مرفوعة قبل إعلان صحيفتها إلى المدعى عليه بمدة قد تطول إلى ثلاثين يوماً ، ويترتب على ذلك أن رفع الدعوى ينتج آثاره القانونية قبل إعلان صحيفتها . ونرى أنه ، إذا أصبح هذا المشروع قانوناً ، لا بد أن يستثنى الحكم القاضى بجعل الحائز فى حكم سيء النية من بين الآثار التى تترتب على رفع الدعوى ، وتأخير هذا الأثر إلى يوم إعلان الحائز بصحيفة الدعوى . والقول بغير ذلك يجعل الحائز فى حكم سيء النية من وقت إيداع صحيفة الدعوى فى قلم كتاب المحكمة ، أى قبل إعلانها للحائز بمدة قد تصل إلى ثلاثين يوماً وقبل أن يعلم الحائز فعلا بالاعتراض الموجه إلى حيازته .

(الحالة الثانية) اذا إغتصب الحائز بالإكراه الحيازة من غيره . والذى يجعل الحائز سىء النية فى هذه الحالة هو نفس اغتصاب الحيازة بالإكراه ، ولو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه . وذلك بأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه ، فما كان ينبغى أن يغتصب حيازته بالإكراه . بل كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده . أما وقد اغتصب حيازته بالإكراه ، فانه يعتبر حائزا سىء النية ، وتجرى عليه أحكام الحيازة بسوء نية بوجه خاص فيما يتعلق بالمسئولية عن الهلاك وبوجوب رد الثمار وذلك فيما لو ظهر أن الشىء الذى اغتصب حيازته بالإكراه ليس له . ولا يشفع له أن يثبت أنه كان يعتقد وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه أن الشىء مملوك له ، إذ لا يجوز لأحد أن ينتصف لنفسه بنفسه [١] .

وبديهى أنه إذا اغتصب الحائز الحيازة بالإكراه وهو يعتقد أن الشىء مملوك له ، ثم ظهر أن الشىء مملوك له فعلا . فان المدعى لا يرجع عليه بشىء ولا تثار مسألة سوء نية الحائز فى هذه الحالة . وهذا لا يخل بما للحائز السابق الذى اغتصبت منه الحيازة من حق فى رفع دعوى استرداد الحيازة طبقا لشروطها ، ولا يخل بحقه أيضا فى طلب تعويض عن الإكراه الذى وقع عليه طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية .

٢٩٥ ـ احتفاظ الحيازة بصفتها حتى يقوم الدليل على العكس :

رأينا [٢] أن المادة ٩٦٧ مدنى تنص على أن « تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . فاذا كسب شخص الحيازة وكان حسن النية ــ وحسن النية مفترض كما قدمنا ــ فانه يبقى حائزا حسن النية ، إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم [٣] . وإذا ثبت أن الحائز سىء النية ، فانه يبقى حائزا سىء

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أن حسن نيته (نية الحائز) يزول حتماً من وقت إعلانه فى عريضة الدعوى بأنه لايملك الحق الذى يحوزه ، ويعد كذلك سىء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لوكان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذى اغتصب حيازته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

النية ، وتنتقل حيازته بصفتها هذه إلى وارثه ، فيعتبر الوارث سيء النية مثل مورثه إلى أن يثبت أنه حسن النية (م ١/٩٥٥ مدنى) .

ويلاحظ أن الحيازة تتغير صفتها عما كانت عليه من قبل بمجرد إقامة الدليل على أن هذه الصفة قد تغيرت على الوجه السابق بيانه . فلا يشترط فى تغير صفة الحيازة قيام أحد السببين اللذين تتغير بهما الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل يصدر من الغير ومعارضة الحائز لحق المالك . ونرى من ذلك أنه لا يشترط قيام أحد هذين السببين إلا فى تحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة . أما فى تغير صفة الحيازة من حسن النية إلى سوء النية أو بالعكس من سوء النية إلى حسن النية ، وفى زوال عيب من عيوب الحيازة كانقطاع الإكراه أو انتفاء الغموض ، فلا يشترط قيام أحد هذين السببين ، بل تكفى إقامة الدليل على تغير صفة الحيازة أو على زوال العيب .

٢٩٦ – صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص – إحالة : وسنرى أنه إذا انتقلت الحيازة إلى خلف عام ، فانها تنتقل إليه بالصفة التى كانت عليها عند السلف . أما إذا انتقلت إلى خلف خاص ، فانه يبتدىء حيازة جديدة يفترض فيها حسن النية كما هى القاعدة العامة ، وذلك إلى أن يقوم الدليل على العكس .

وقد نصت المادة ٩٥٥ مدنى على هذه الأحكام ، وسنعود إلى هذا النص فيما يأتى ، فنحيل هنا إلى ماسنقرره هناك (١)

المطلب الثانى

انتقال الحيازة وزوالها

§ ١ – انتقال الحيازة

(Transfert de la possession)

٢٩٧ – نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٢ مدنى على ما يأتى :

« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسلم مادى للشىء موضوع هذا الحق » .

(١) أنظر ما يلى فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٦ .

وتنص المادة ٩٥٣ مدنى على مايأتى :

« يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة ، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه » .

وتنص المادة ٩٥٤ مدنى على مايأتى :

« ١ — تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها » .

« ٢ — على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

وتنص المادة ٩٥٥ مدنى على مايأتى :

« ١ — تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سىء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » .

« ٢ — ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل مايرتبه القانون على الحيازة من أثر » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشىء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٢٧ فى المشروع النهائى ، بعد أن استبدلت كلمة «الواردة» بعبارة «الذى ترد» وبعد أن أضافت عبارة «ولولم يكن هناك تسلم مادى» فى آخر النص «ليكون الحكم أوضح» . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «الشىء» ، وأضيفت عبارة «الشىء موضوع هذا الحق» فى آخر المادة ، وأصبح رقم النص ٩٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٧ — ص ٤٥٨) .

م ٩٥٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩) .

م ٩٥٤ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٩ فى المشروع —

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، فيما عدا المادة ٢/٩٥٥ مدنى فيقابلها فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٣/٧٧ [1]

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩١١ – ٩١٤ وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٥٦ – ٩٥٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٩ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٢٥٨ [2]

وتعرض النصوص سالفة الذكر لانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر ، ويحسن أولا تحديد معنى انتقال الحيازة فى هذا الصدد .

= النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على أن النص لم يورد إلا حالتين من حالات التسليم وهما تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما هما المثلان الغالبان فى العمل . ووافقت على النص تحت رقم ٩٥٤ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٠ – ص ٤٧١) .

م ٩٥٥ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٠ فى المشروع النهائى . بعد تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٢ – ص ٤٦٤) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١٠٣/٧٧ : يجوز لواضع يده على العقار أو الحقوق العينية أن يضم لمدة وضع يده عليها مدة وضع يد من انتقل ذلك منه إليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١١ – ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٦ – ٩٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٤٩ : ١ – تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها . على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بذلك ولو كان سلفه سىء النية . ٢ – ويجوز للخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون من أثر .

(والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدنى مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٢٥٨ : . . . ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذى اتصل منه العقار إليه . (والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدنى مصرى) .

٢٩٨ – تحديد معنى انتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر : يراد بانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر أن تكون الحيازة فى هذا الانتقال حيازة متصلة ، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة ، ولا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأة . وهذا الاتصال مابين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة (accession de la possession (jonction des possessions) . لأن الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر فى الحيازة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيازة (continuation de la possession).

وعلى ذلك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء ، إذا لم يكن للمنقول مالك ، ليس فيه انتقال للحيازة ؛ لأن المنقول لم يكن فى حيازة أحد قبل الاستيلاء عليه ، فلم تنتقل حيازته من شخص إلى آخر . واغتصاب الحيازة من الحائز أو انتزاع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالا للحيازة ، لأن المغتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبتدىء حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيازة القديمة [1] . وحيازة غير الوارث لعين من أعيان التركة ، سواء كان الحائز

---

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ – نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ٤٧ . ولكن إذا اغتصبت الحيازة من الحائز ، وبقى الاغتصاب أكثر من سنة ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو بحكم قضائى ، فهل يستطيع هذا الحائز أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المغتصب ؟ هناك رأى يذهب إلى أن الحائز الذى استرد حيازته بعد أكثر من سنة تنقطع حيازته لأن الاغتصاب دام أكثر من سنة ، ثم هو لا يعتبر خلفاً للمغتصب حتى تضم مدة حيازة المغتصب إلى مدة حيازته (لوران ٣٢ فقرة ٣٦٥ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ هامش ٨ – بفنوار ص ٢٨٦ وما بعدها – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ – نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٣٢ داللوز ٣٢ – ١ – ٨٣). وهناك رأى آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن الحائز يعتبر خلفاً للمغتصب فى حيازته فتضم مدة حيازة المغتصب إلى مدة حيازته ، وذلك لأن هناك رابطة قانونية بين حيازة المغتصب وحيازة الحائز اللاحقة ، ، إذ أن المغتصب نقل حيازته إلى الحائز إما اختياراً وإما جبراً بموجب الحكم . فإذا وضع شخص يده على عين مدة ثلاث سنوات ، ثم اغتصبت منه الحيازة وبقى الاغتصاب مدة سنتين ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو قضاء وبقى حائزاً مدة خمس سنوات ، فإن مدة سنتى الاغتصاب تضم إلى خمس السنوات الأخيرة لأن الحائز يعتبر خلفاً للمغتصب ، ولكن ثلاث السنوات السابقة على الاغتصاب لا تحسب فى مدة التقادم لأن التقادم قد انقطع بالاغتصاب الذى دام أكثر من سنة . وهذا هو الرأي الذى نفضله ويقول به كثير من الفقهاء (هيك ١٤ فقرة ٢٧٠ – كولميه دى سانتير ٨ فقرة ٣٤١ مكررة ٣ – ماركاديه على المادة ٢٢٣٥ رقم ٣ – جوار فقرة ١٥ د – بودرى وتيسيه فقرة ٣٦٢) .

سيء النية أو حسن النية ، تعتبر هي أيضاً حيازة مبتدأة لا تتصل بحيازة المورث ، ولا تعتبر استمراراً لها ، ولا تضم إلى مدتها مدة حيازة المورث .

أما انتقال الحيازة من حائز إلى آخر بالمعنى الذي أسلفناه فيتم بأحد طريقين : (١) بالميراث ، فتنتقل حيازة المورث إلى الوارث ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام . (ب) بالاتفاق . فيتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينقل له الحيازة ، كما إذا اتفق البائع مع المشترى على أن ينقل له حيازة الشيء المبيع أو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن ينقلوا له حيازة هذه العين ، ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز السابق مالكاً للحق الذى ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص [١] .

ونستعرض كلا من الطريقين :

ا - انتقال الحيازة إلى خلف عام :

٢٩٩ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف العام : ويراد بالخلف العام هنا الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثلث أو الربع . وقد رأينا [٢] أن الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدنى تقول : « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ... » . ويخلص من هذا النص أن الحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف العام بحكم القانون ، فقد كان الميت هو الحائز فى حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسلماً فعلياً . وهذا هو الحكم الذى تقضى به طبيعة الأشياء ، ففى الفترة ما بين موت السلف وتسلم الخلف تسلماً فعلياً ، لا بد أن يكون للمال حائز ما دام مالا مملوكاً غير سائبة . وما دامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف . فالحيازة

(١) ويلاحظ أنه فى حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، حيازة السلف وتليها حيازة الخلف وإن كانت حيازة غير مبتدأة بل حيازة متصلة بحيازة السلف ومكملة لها ، ويجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة السلف أو لا يضمها تبعاً لمصلحته . أما فى حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلا توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى . بل لا توجد إلا حيازة واحدة بدأها السلف ، واستمر فيها الخلف (بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

تتبع الملكية هنا ، وتنتقل هى أيضا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف (١) .

والمفروض فى انتقال الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون أن هذه الحيازة لم تنقطع . فاذا استولى الغير على المال ، ولكن الوارث استرد الحيازة فى خلال سنة من هذا الاستيلاء ، فانه يعتبر حائزا بأثر رجعى من وقت موت السلف ، ولا يعتد بفترة الانقطاع التى لم تبلغ السنة . أما إذا بقيت حيازة الغير سنة دون أن يستردها الخلف العام ، فان الحيازة تبقى عند هذا الغير ويستطيع أن يلجأ فى حمايتها إلى دعاوى الحيازة . وإذا لم يستول أحد على المال ، فان المال يعتبر فى حيازة الخلف العام على الوجه الذى قدمناه ، ولو لم يتسلمه الخلف العام فعلا وبقى دون أن يتسلمه مدة سنة أو أكثر ، ما دام المال لم يستول عليه أحد غيره (٢) .

٣٠٠ ــ بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام : رأينا أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها . وأهم هذه الصفات هى أن تكون الحيازة حيازة عرضية أو حيازة أصيلة ، وأن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة أو غير مشوبة ، وأن تكون بحسن نية أو بسوء نية .

وقد قدمنا (٣) أن حيازة المورث إذا كانت حيازة عرضية تنتقل بهذه الصفة إلى الوارث ، فيبقى الوارث كما كان المورث حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره . ولا تصبح حيازة الوارث حيازة أصيلة إلا إذا تغيرت صفتها العرضية بأحد الأمرين اللذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث : فعل يصدر

---

(١) ويفسر أوبرى ورو انتقال الحيازة إلى الخلف العام قبل أن يتسلم المال فعلا بأن الذى ينتقل ليست هى الحيازة فى ذاتها ، لأن الحيازة واقعة مادية فلا يحصل عليها الخلف العام إلا إذا تسلم المال فعلا . وإنما الذى ينتقل إلى الخلف العام هى مزايا الحيازة ، وبخاصة دعاوى الحيازة وإمكان التملك بالتقادم ، باعتبار أن هذه المزايا هى من توابع الحق الذى انتقل إلى الخلف العام ومن شأنها أن تقوى هذا الحق وتدفع عنه الاعتداء (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ وهامش ٢ – وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٣ ص ٢٦٧ وفقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨ وفقرة ٣٤٧ ص ٢٦٨ ص ٢٦٩) .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٧ ص ٢٧٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

من الغير ، أو فعل يصدر من الوارث يعارض بهحق المالك [1] . وقد بسطنا تفصيلا كلا من هذين الأمرين،فنحيل هنا إلى ما سبق أن قدمناه هناك [2] . وغنى عن البيان أن حيازة المورث إذا كانت حيازة أصيلة تنتقل إلى الوارث حيازة أصيلة كذلك ، ويحوز الوارث ، كما كان يحوز المورث ، لحساب نفسه . ولا تتغير هذه الصفة الأصيلة عند الوارث إلى صفة عرضية إلا إذا أصبح الوارث يحوز لحساب غيره ، شأنه فى ذلك شأن المورث .

كذلك إذا كانت الحيازة عند المورث مشوبة بعيب ، كأن كانت حيازة خفية أو حيازة باكراه أو حيازة غامضة ، فانها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا العيب . ولابد ، حتى تنتج الحيازة آثارها عند الوارث ، أن يزول العيب الذى هى مشوبة به ، كما كان يجب أن يزول هذا العيب فى حياة المورث . فلابد من أن تصبح الحيازة ظاهرة إذا انتقلت حيازة خفية إلى الوارث ، أو ينقطع الإكراه إذا انتقلت مشوبة بالإكراه ، أو يزول اللبس إذا انتقلت غامضة [3].

وإذا كان المورث حسن النية فى حيازته وبقى حسن النية إلى أن مات ، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية . ويعتبر الوارث ، كما كان يعتبر المورث ، حسن النية فى حيازته ، إلى أن يثبت سوء نيته على الوجه الذى قدمناه فى إثبات سوء نية الحائز [4] . وكذلك يعتبر الوارث سىء النية ، ولو كان يعتقد كمورثه أن للمورث حقا فى الحيازة ، إذا أعلن الوارث فى صحيفة الدعوى بأن الحق الذى يحوزه ليس لمورثه وطولب برده إلى صاحبه . فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الوارث يصبح هذا سىء النية . كما كان مورثه يعتبر سىء النية لو أنه هو الذى أعلن فى حياته بصحيفة الدعوى [5] .

---

(١) ولايستطيع الوارث أن يتملك بالتقادم ما بقيت حيازته عرضية ، فاذا انقلبت إلى حيازة أصيلة على الوجه المتقدم الذكر أمكنه أن يتملك بالتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٦ ص ٨٦ – ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٠٧ ص ١٩٢ – استئناف مصر ٢٨ نوفبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ١٥٢٥ – بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧١ وفقرة ٣٤٩ – بلانيول وريبير بيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

وإذا كان المورث قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره ، فقد قدمنا (١) . أنه يعتبر سيء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه ، وتنتقل الحيازة بهذه الصفة إلى الوارث ، فيعتبر سيء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب بالإكراه هو حق مورثه وأنه لم يغتصبه بالإكراه. أما إذا كان المورث سيء النية فى حيازته ، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض فى الوارث أنه حسن النية . ويبقى الوارث معتبرا كمورثه سيء النية ، إلى أن يثبت أنه هو حسن النية أى يعتقد أن مورثه كان على حق فى حيازته . فعند ذلك يعتبر الوارث حسن النية منذ أن انتقلت إليه الحيازة من مورثه ، ويبقى حسن النية بكل ما يترتب على حسن النية من آثار (٢) إلى أن يزول حسن نيته ، ويزول حسن نيته إذا أثبت صاحب الحق أن الوارث أصبح الآن يعلم أن مورثه لم يكن على حق فى حيازته .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) ومن هذه الآثار أن يملك الثمار بالقبض (أنظر ما يلى فقرة ٣٠١ – وانظر شفيق شحاته فقرة ٣١٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٠٤ ص ٥٢٨ – إسماعيل غانم ص ١٢٧– ص ١٢٨ – حسن كيرة ص ١٣٢ – ص ١٣٣) . وانظر فى تملك الوارث حسن النية العقار بالتقادم القصير إذا كان مورثه سيء النية محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٤ ص ١٤٧ – ص ١٤٨ ، وانظر أيضاً فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩١ ص ٥٩٣–ص ٥٩٤– منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٨ ص ٤١٦ (ويفترضان أن المورث كان يستند فى حيازته إلى سبب صحيح ولكنه كان يعلم أنه قد تلقى العقار من غير مالك أى أنه كان سيء النية ، فاذا كان الوارث حسن النية استطاع أن يستند إلى حسن نيته هو وإلى السبب الصحيح الصادر لمصلحة مورثه لكى يتمسك بالتقادم الخمسى . ولكن يبدو أن حسن نية الوارث فى الفرض السالف الذكر لا يجدى ، إذ يشترط توافر حسن النية وقت تلقى الحق وكان المورث وقت تلقى الحق سيء النية . ولذلك يجب افتراض أن الوارث قد أثبت إلى جانب حسن نيته أنه تلقى سبباً صحيحاً غير السبب الصحيح الذى تلقاه مورثه ، وأنه كان وقت تلقيه إياه حسن النية . فعندئذ يستطيع الوارث أن يتمسك بالسبب الصحيح الذى تلقاه هو وبحسن نيته لتملك العقار بخمس سنوات ، ولا يجوز أن يضم إلى مدته مدة مورثه الذى كان سيء النية . وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من «أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سيء النية ، جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣ – فيه خطأ مطبعى ظاهر . والصحيح كما يدل سياق العبارة هو «على ألا يضم مدة حيازة مورثه » . فلفظ «على» يشعر بعدم ضم مدة حيازة المورث ، ولو أريد ضم هذه المدة لقيل «وله أن يضم مدة حيازة مورثه» .

١٠٣ – ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام :

ولما كانت حيازة الخلف العام استمرارا لحيازة السلف ، فالأصل أن تضم مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث ما دام للوارث فائدة فى هذا الضم .

فاذا كانت مدة حيازة السلف نصف سنة مثلا ، وانتقلت الحيازة إلى الوارث ، فيكفى أن يستمر هذا حائزا نصف سنة أخرى حتى يستطيع أن ينتفع بدعوى منع التعرض . وهذه الدعوى يشترط فيها أن يكون الحائز للعقار قد استمر حائزا له سنة كاملة (م ٩٦١ مدنى) ، فيضم الوارث مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته هو فتكمل له مدة السنة التى يتطلبها القانون . وهذا هو الحكم أيضا فى استكمال الوارث مدة حيازته إلى سنة كاملة بضم حيازة مورثه ، إذا أراد أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة (م ٩٦٢ مدنى) . وإذا كان المورث قد انتزع الحيازة بالإكراه وانقطع الإكراه ، وبقى حائزا بعد انقطاع الإكراه مدة أقل من سنة ، فان هذه المدة تضم إلى مدة حيازة وارثه حتى يستكمل الوارث مدة السنة الواجبة حتى يستطيع أن يحمى حيازته بدعاوى الحيازة .

وكذلك يستطيع الوارث أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه ، إذا أراد التملك بالتقادم المكسب . فاذا كان المورث سىء النية فى حيازته ، وانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث كما قدمنا ، فان الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته . ونفرض فى ذلك أن المورث بقى حائزا عشر سنوات ، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث ، فيكفى أن يستمر الوارث حائزا خمس سنوات أخرى حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة ، فيتملك العين بالتقادم . وإذا كان المورث قد حصل على سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح . فاذا كان المورث قد بقى حائزا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا ، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث ، فانه يكفى أن يستمر الوارث حائزا للعقار سنتين أخريين حتى يستكمل مدة التقادم القصير وهى خمس سنوات ، فيتملك العقار

بالتقادم (١) وإذا كان المورث سيء النية وقت حصوله على السبب الصحيح ، فان الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية . ولا يجدى الوارث بعد ذلك أن يثبت حسن نيته هو . فان العبرة بحسن النية وقت تلقى الحق ، أى بحسن نية المورث وقت حصوله على السبب الصحيح . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يتملك العقار إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة (٢) . أما إذا كان المورث حسن النية ولكن ليس لديه سبب صحيح وبقى حائزا للعين مدة ثمانى سنوات مثلا ، ثم انتقلت الحيازة للوارث . فانها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية ومجردة من السبب الصحيح كما كانت عند المورث. ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يتملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل ، سواء بقى حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه . وفى الحالتين يستطيع ضم مدة حيازة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقى حائزا سبع سنوات أخرى إذ تضم إليها مدة حيازة مورثه وهى ثمانى سنوات .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٥٥ / ١ مدنى ، كما رأينا (٣) ، ما يأتى : « على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . ويتحقق ذلك فى كسب الثمار بالحيازة ، إذا اقترنت الحيازة بحسن النية . فاذا كان المورث سيء النية فى حيازته ، وجب عليه أن يرد الثمار للمالك (م ٩٧٩ مدنى) . فاذا انتقلت الحيازة

(١) ولو انقلب الوارث سيء النية قبل أن يستكمل مدة التقادم القصير ، أو ثبت أنه كان سيء النية وقت انتقال الحيازة إليه ، فانه مع ذلك يتملك العقار بالتقادم القصير . ذلك بأن مورثه لو انقلب سيء النية لم يمنعه ذلك من تملك العقار بالتقادم القصير ، مادام أنه كان حسن النية وقت تلقى الحق أى وقت صدور السبب الصحيح . وحيازة الوارث استمرار لحيازة المورث ، فيتملك الوارث بالتقادم القصير كما كان يتملك مورثه لو بقى حياً . أنظر فى هذا بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

إلى الوارث . وأثبت هذا حسن نيته ، جاز له أن يتمسك بحسن نية هذه ، فلا يرد الثمار التي قبضها إلى المالك ما دام حسن النية (م ٩٧٨ مدنى) .

ب – انتقال الحيازة إلى خلف خاص :

٣٠٢ – كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص : والمقصود هنا أن تنتقل الحيازة فى عين معينة بالذات من الحائز إلى شخص آخر . وهذا بخلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام فالذى ينتقل إلى الخلف العام هو مجموع من المال أو جزء من هذا المجموع كالتركة أو جزء من التركة ، لا عين معينة بالذات . ويلحق بالخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين من الحائز بناء على التزام فى ذمة الحائز بنقلها إليه . وكل شخص ردت إليه حيازة العين على أثر فسخ التصرف أو إبطاله أو بطلانه أو نقضه أو إلغائه أو الرجوع فيه أو زواله بأى سبب آخر . وبوجه عام كل شخص تربط حيازته اللاحقة بالحيازة السابقة رابطة قانونية [1] .

وتنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص (ومن فى حكمه) بالاتفاق بينهما على نقلها من الحائز إلى الخلف الخاص اتفاقاً يعقبه التسليم . والتسليم قد يكون تسليماً فعلياً فيكون انتقال الحيازة انتقالا ماديا ، أو تسليماً حكمياً فيكون انتقال الحيازة انتقالا معنويا ، أو تسليماً عن طريق التمكين فيكون انتقال الحيازة انتقالا رمزيا [2] . وحيازة الخلف الخاص ، خلاف حيازة الخلف العام ،

---

(١) ولما كان يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه كما سنرى (أنظر مايلى فقرة ٣٠٧) ، كذلك يجوز لمن هم فى حكم الخلف الخاص أن يضموا إلى مدة حيازتهم اللاحقة مدة الحيازة السابقة ، وعلى ذلك يكون للراسى عليه المزاد أن يضم إلى حيازته مدة حيازة المدين المحجوز عليه . وللمتقاسم أن يضم إلى مدة حيازته بعد القسمة مدة الحيازة المشتركة بينه وبين شركائه قبل القسمة . وللموصى له أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة الموصى ومدة حيازة الورثة فى الفترة مابين وفاة الموصى وبين تسليم العين الموصى بها إلى الموصى له . وللحائز حق الانتفاع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المالك قبل أن يتجرد من حق الانتفاع ، وللبائع أو الواهب أن يضم إلى مدة حيازته بعد فسخ البيع أو الهبة أو بعد زوالهما بأى سبب من أسباب الزوال مدة حيازة المشترى أو الموهوب له قبل الفسخ أو قبل الزوال (انظر فى ذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ – ص ١٣٦ – بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٣) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «تنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف ، مصحوباً بانتقال السيطرة الفعلية على الشىء ، من الحائز إلى الخلف . وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً ولا يتم تسليم مادى ، كما إذا استمر السلف حائزاً ولكن لحساب الخلف –

تستقل عن حيازة السلف فى صفاتها. فلا تكون لحيازة الخلف الخاص بالضرورة صفات حيازة السلف. وللخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه، وله ألا يضمها، تبعاً لمصلحته. فهذه جملة من المسائل نبحثها فيما يلى.

٣٠٣ – انتقال الحيازة انتقالا ماديا بالتسليم الفعلى : رأينا (١) أن المادة ٩٥٢ مدنى تنص على أن « تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلم مادى للشىء موضوع هذا الحق ». وخير تطبيق لهذا النص هو انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشترى. إذ أن المشترى يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، لا فى انتقال الملكية فحسب بل أيضاً فى انتقال الحيازة، فالبائع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشترى أى بنقل حيازته إليه. وقد نصت فى هذا الخصوص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدنى على أن « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه إستيلاء ماديا، مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع ». وهذا هو التسليم الفعلى للمبيع. وينطوى كما نرى على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشترى، ويشترط لذلك أن يكون المشترى متمكناً من حيازة المبيع حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك. ولكن لا يشترط أن يتسلم المشترى المبيع فعلا، فما دام متمكناً من هذا التسلم، فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم[٢]. (٢) أن يخطر البائع المشترى بوضع

(مثل ذلك البائع يستأجر الشىء المبيع). أو استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل ذلك المستأجر يشترى العين). كما قد يكون انتقال الحيازة رمزياً، كتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن. ولكن إذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمزى، كان الأول هو المعتبر : كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها، فالحيازة فى هذا الفرض عند الأخير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأموال التى تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً تثبت الحيازة فيها ووضع اليد عليها لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التى هى عليها. والتسلم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع، ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهما يبقيان لمن اكتسبهما حافظين حقاً فيهما مفيدين أحكامهما، ومادام لم يعترضه من يعكرهما عليه أو يزيلهما عنه ويسكت هو المدة التى تستوجب بمرورها يد المعترض حماية القانون (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٤٤ رقم ١).

المبيع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار . فقد يكون بإنذار رسمي ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل . وقد يكون شفويا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه أخطر المشترى فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه[1] .

فإذا كان المبيع دارا يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يسلم المشترى مفاتيحها فيمكنه من حيازتها . وإذا كان أرضا زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يمكن المشترى من الاستيلاء عليها . وإذا كان منقولا ، فوضعه تحت تصرف المشترى يكون عادة بمناولته إياه يدا بيد . ويتيسر ذلك في المنقول في أكثر الأحيان . وإذا كان محصولات لاتزال قائمة في الأرض أو ثمارا لا تزال فوق الأشجار ، فيخلي البائع ما بينها وبين المشترى حتى يستولى هذا عليها . وتسليم الشيء المعين بنوعه فقط يكون بإفرازه في حضور المشترى ودعوته لتسلمه . ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس . وإذا كان المبيع حق ارتفاق كحق المرور ، فانه يسلم للمشترى بالترخيص له في استعمال هذا الحق ، مع تمكينه من ذلك بإزالة ما قد يحول بينه وبين المرور . وقد يكون المبيع حقا شخصيا لا حقا عينيا ، كما في حوالة الحق . وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق تمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه . وفي الأسهم والكمبيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة . وفي السندات والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتظهير . وفي السندات الاسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة . ويتبين من ذلك أن طريقة التسليم تتكيف بحسب طبيعة المبيع[2] .

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ – على أنه يلاحظ في التسليم الفعلي أنه كان ينبغي أن ينتقل الشيء انتقالا ماديا من البائع إلى الخلف الخاص ، فلا يكفي تسليم الحائز للشيء بل يجب أيضاً تسلم الخلف الخاص له . ولكن نص المادة ٢/٩٥٢ مدنى سالف الذكر صريح في أن انتقال الحيازة يتم «ولو لم يكن هناك تسلم مادى للشيء موضوع هذا الحق» . وقد كان المشروع التمهيدى خاليا من هذه العبارة ، فأضافتها لجنة المراجعة ، وأكلتها لجنة مجلس الشيوخ (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ في الهامش) . وكان الأولى ، بدلا من إضافة هذه العبارة ، أن تضاف عبارة عكسية ، فيكون النص على الوجه الآتي : «وتنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، وسيطر عليها فعلا» . فإن العبرة في التسليم الفعلي للحيازة أن تنتقل الحيازة انتقالا ماديا إلى الخلف

٣٠٤ ـ إنتقال الحيازة انتقالا معنويا بالتسليم الحكمي : رأينا (١) أن المادة ٩٥٣ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة . أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه » . وهنا أيضا نورد انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشترى تطبيقا جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع . أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته لسبب آخر غير الملكية » . وهذا هو التسليم الحكمى للمبيع . فتنتقل حيازته بهذا التسليم الحكمى انتقالا معنويا من البائع إلى المشترى . ويتم التسليم كما نرى بمجرد تراضى المتعاقدين ، ويتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشترى . ويتميز التسليم الحكمى بذلك عن التسليم الفعلى بأنه مجرد اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) غير مصحوب بعمل مادى . أما التسليم الفعلى فهو اتفاق مصحوب بعمل مادى .

وللتسليم الحكمى صورتان :

(الصورة الأولى) أن يكون المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، باجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشترى

= الخاص ، فلا يكفى مجرد التسليم بل يجب أن يقترن به التسليم . وهناك فرق بين تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع وبين نقله حيازته ، فى نقل الحيازة يجب أن يستولى الخلف الخاص على الشىء استيلاء ماديا ولا يجب ذلك فى تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع . وقد سبق أن قلنا فى هذا الصدد : « يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشترى متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستولى عليه ماديا . وفى هذه الحالة يعتبر المشترى مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . فاذا كان المبيع منقولا وكان المشترى حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فانه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء ماديا . وإذا باع شخص منقولا من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً فى تسلمه من المخزن الذى يوجد فيه ، وسبق المشترى الثانى المشترى الأول إلى الاستيلاء الفعلى على المنقول ، فانه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشترى الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولا بموجب إذن التسليم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ – بودرى وسينيا فقرة ٢٩٨ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٥٧ هامش ٢) » (الوسيط ٤ فقرة ٣٠٦ ص ٥٨٩ هامش ٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

حائزا فعلا للمبيع وقت صدور البيع . ولا نحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم ولتنتقل الحيازة . وإنما نحتاج إلى تتفق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته . ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو دائن مرتهن رهن حيازة . بل كمالك له عن طريق الشراء . فتتغير نية المشترى فى حيازته للمبيع وتتغير صفة حيازته بعمل يصدر من الغير وهو البائع (interversion du titre) وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويسمى هذا التسليم بالتسليم المختصر (traditio brevi manu)

(الصورة الثانية) أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع . ولكن لا كمالك فقد تجرد عن الملكية بعقد البيع . بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك من التصرفات التى تتم بين المشترى والبائع بعد البيع وتستلزم نقل حيازة الشىء من المشترى إلى البائع . فبدلا من أن يسلم البائع المبيع للمشترى بموجب عقد البيع ، ثم يعود إلى تسلمه من المشترى بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع فى يد البائع بعد أن يتفق الطرفان على أن هذا يعد تسليما من البائع للمشترى ثم إعادة الحيازة من المشترى للبائع بموجب العقد الجديد الذى أعقب عقد البيع . ويسمى هذا الاتفاق (constitut possessoire) . وتتغير صفة حيازة البائع فى هذه الصورة . إذ كانت حيازة أصيلة قبل البيع فأصبحت حيازة عرضية بعد البيع بموجب هذا العقد الجديد . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة . فيبيع المشترى الشىء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه . ومن ثم يبقى الشىء فى حيازة البائع كمالك له . ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلى [1] .

---

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٣ – ص ٥٩٤ – وهناك صورة ثالثة للتسليم الحكمى يمكن الأخذ بها فى مصر دون نص ، لأنها تتفق مع القواعد العامة . وقد قررنا فى هذا الخصوص : «وقد أورد التقنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكمى يمكن الأخذ بها دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتى : «وإذا أجره (المشترى) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشترى » . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكمى المتقدمتين بأن فيهما انتقالا ماديا لحيازة المبيع . كما تتميز –

٣٠٥ – انتقال الحيازة انتقالا رمزيا عن طريق التمكين : رأينا[1] أن المادة ٩٥٤ مدنى تنص على أن «١– تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . ٢– على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها . وكان كلاهما حسن النية ، فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » . ونورد هنا تطبيقا لهذا النص أيضا فى انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشترى .

فنفرض أن شخصا اشترى من آخر بضائع ، كان البائع قد عهد بها إلى أمين النقل أو أودعها المخازن . ويتسلم صاحب البضائع عادة سندات عن البضائع ، يأخذها من أمين النقل أو من المخازن التى أودعت بها البضائع ، ليسحب بموجبها بضائعة . فى انتقال حيازة هذه البضائع انتقالا ماديا من البائع إلى المشترى ، يجب أولا أن يسحب البائع البضائع من أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التى تسلمها ، ثم يسلم هذه البضائع بعد سحبها تسليما فعليا إلى المشترى . أما فى انتقال الحيازة إنتقالا رمزيا . وهو الفرض الذى نحن بصدده . فبدلا من أن يسحب البائع البضائع ثم يسلمها للمشترى ، يكتفى بتسليم المشترى سندات البضائع ، فيستطيع هذا الأخير أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو من المخازن . ولكن مجرد تسلم المشترى لسندات البضائع من البائع يعد انتقالا لحيازة البضائع إليه ، إذ أن هذه السندات متى صارت فى يده أصبح صاحب الحق فى سحب البضائع . ومن ثم يعتبر تسلم المشترى لسندات البضائع انتقالا لحيازة البضائع إليه ، لأن البضائع أصبحت تحت تصرفه فى يد أمين النقل أو فى المخازن . وانتقال الحيازة هذا ليس إنتقالا فعليا بل هو انتقال رمزى ، لأن المشترى لم يتسلم البضائع تسلما فعليا بمجرد

= عن التسليم الفعلى بأن الحيازة لا تنتقل ماديا إلى المشترى نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائبا عنه فى تسلم المبيع ، هو شخص تعاقد مع المشترى واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضا ، كمستأجر من المشترى أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضا فعليا بالنسبة إلى العقد الذى أبرمه مع المشترى . وقبضا حكميا بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثانى » (الوسيط ؛ فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٤ – ص ٥٩٥) .

(١) أنظر آنفا فقرة ٢٩٧ .

تسلمه للسندات ، بل تسلمها تسلما رمزيا ؛ وعليه بعد ذلك أن يتسلمها تسلما فعليا بسحبها من تحت يد أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التى تسلمها .

والمثلان اللذان ذكرناهما – تسلم سندات البضائع المعهود بها إلى أمين النقل وتسلم سندات البضائع المودعة فى المخازن – لم يذكرا فى المادة ٩٥٤ مدنى على سبيل الحصر بل على سبيل المثال (١) . ومن الأمثلة الأخرى . فى نقل حيازة المنقول ، تسليم البائع للمشترى مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأن حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد ، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ماهو فى الخزانة . وكون الشىء حاصلا فعلا فى حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون (المدنى السابق) قد نص فى باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها . فان هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولابد حائزا فعلا لمحتوياتها . لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزائن كان متسلطا فعلا على مافيها جاز اعتباره حائزا له وإلا فلا . وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ، ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (٢) .

وإذا تعارض انتقال الحيازة المادى مع انتقال الحيازة الرمزى ، كانت الأفضلية لانتقال الحيازة المادى ، لأنه أكثر واقعية من انتقال الحيازة الرمزى ، ولأن من حصل على الحيازة المادية جدير به أن يكون أكثر اطمئنانا ممن لم يحصل

---

(١) وعندما نظر مشروع المادة ٩٥٤ مدنى أمام لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على أن النص لم يورد إلا هاتين من حالات التسليم ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم يردا على سبيل الحصر ، وإنما هما المثلان الغالبان فى العمل (أنظر آنفاً ص ٨٧٤ هامش ١) .

(٢) نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٧ – وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ ص ٥٩١ – ص ٥٩٢ وص ٥٩٢ هامش ١ .

إلا على حيازة رمزية . فاذا باع صاحب البضائع بضائعه . وهى فى يد أمين النقل . لشخصين متعاقبين ، فان ملكية البضائع تنتقل للمشترى الأول بموجب عقد البيع الصادر له . فاذا ماتسلم هذا المشترى الأول البضائع تسلما رمزيا بتسلمه سندات البضائع ، ولم يتسلم المشترى الثانى البضائع أصلا ، بقيت ملكية البضائع عند المشترى الأول ، فهو صاحب البيع الأول وهو الذى تسلم البضائع. ولكن إذا تسلم المشترى الثانى البضائع ذاتها تسلما فعليا من أمين النقل . ولو بعد أن تسلم المشترى الأول سندات هذه البضائع . كان المشترى الثانى هو صاحب الحيازة المادية والمشترى الأول هو صاحب الحيازة الرمزية . وتعارضت الحيازتان . وعند تعارضهما تفضل الحيازة المادية كما قدمنا . فيعتبر المشترى الثانى صاحب الحيازة المادية هو الحائز للبضائع دون المشترى الأول صاحب الحيازة الرمزية . ومن ثم يكون البائع قد باع البضائع مرتين . وسلمها تسليما فعليا للمشترى الثانى دون المشترى الأول . فتنتقل ملكية البضائع إلى المشترى الثانى . لا بموجب عقد البيع الثانى الصادر له فقد سبق هذا البيع الثانى بيع أول نقل الملكية إلى المشترى الأول ، بل بموجب الحيازة المادية التى انتقلت إلى المشترى الثانى كما قدمنا . فتنقل هذه الحيازة المادية وحدها إليه ملكية البضائع ما دام حسن النية ، طبقا للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٤ مدنى ، كما رأينا [١] ، تأكيدا لذلك : « على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

٣٠٦ – صفات الحيازة بعد إنتقالها إلى الخلف الخاص : رأينا [٢] أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بالصفات التى كانت عليها عند السلف ، فتكون كما كانت عند السلف حيازة عرضية أو حيازة أصيلة ، مشوبة بعيب أو غير مشوبة ، مقترنة بحسن النية أو بسوء النية . ذلك بأن الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف العام ليست إلا استمرارا لحيازة السلف ، فكما كانت عند السلف تكون عند الخلف العام . أما الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف الخاص ، فانها

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٠ .

تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، تتميز بصفاتها الخاصة التى قد تغاير الصفات التى كانت عليها عند السلف . ويترتب على أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة ، وليست مجرد استمرار لحيازة السلف ، أن تكون هناك حيازتان ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص . وقد تختلفان فى الصفات ، وقد تضم مدة إحداهما إلى مدة الأخرى وقد لا تضم بحسب مصلحة الخلف الخاص .

فحيازة الخلف الخاص إذن قد تخالف فى صفاتها حيازة السلف ، ذلك من وجوه عدة :

فقد تكون حيازة السلف حيازة عرضية ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة أصيلة . مثل ذلك أن يكون السلف مستأجرا للعين أو مستعيرا لها أو مودعة عنده ، فتكون حيازته حيازة عرضية لأنه يحوز لحساب المؤجر أو المعير أو المودع . ثم يبيع العين ، وسواء كان المشترى حسن النية أو سيء النية فانه كمشتر يحوز العين كمالك ، أى يحوزها لحساب نفسه . فتكون حيازته وهو خلف خاص حيازة أصيلة ، فى حين أن حيازة السلف حيازة عرضية [1]. وعلى العكس من ذلك قد تكون حيازة السلف حيازة أصيلة ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة عرضية . مثل ذلك أن يؤجر المالك العين أو يعيرها أو يودعها أو يرهنها رهن حيازة ، فتكون حيازة المستأجر أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى حق الملكية ، حيازة

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٧ – ولو أن السلف استبقى الحيازة وأراد تحويلها من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، لوجب فى هذا التحويل أن يصدر ذلك من الغير أو يصدر منه هو فعل يعارض به حق المالك (interversion du titre) . أما هنا فلسنا فى حاجة إلى ذلك ، لأننا لسنا فى صدد تغيير صفة الحيازة عند الحائز العرضى نفسه ، بل فى صدد انتقال الحيازة من حائز عرضى إلى حائز أصيل ، فتغيرت صفة الحيازة لا عند الحائز العرضى ، بل عند خلفه الخاص فأصبح هذا حائزاً أصيلا . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحائز العرضى كالدائن المرتهن ، وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل معارضة ظاهرة لحق المالك ، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى فى حق خلفه الخاص كالمشترى من الدائن المرتهن ، لأنه فى هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التى كانت للبائع له (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٨) .

عرضية لأنه يحوز لحساب المالك . أما حيازة المالك ، وهو السلف فى الحيازة ، فحيازة أصيلة تغاير فى هذه الصفة حيازة الخلف الخاص وقد رأينا أنها حيازة عرضية .

وقد تكون حيازة السلف مشوبة بعيب ، كأن تكون خفية أو غامضة أو يشوبها الإكراه . فاذا إنتقلت إلى الخلف الخاص ، فليس من الضرورى أن يشوبها عند انتقالها هذا العيب . فقد تكون حيازة الخلف الخاص عند انتقالها إليه ظاهرة بعد أن كانت خفية عند السلف ، أو واضحة لا لبس فيها بعد أن كانت غامضة ، أو هادئة بعد أن كان يشوبها الإكراه . وعلى العكس من ذلك قد تكون حيازة السلف غير مشوبة بعيب ، ثم يشوب حيازة الخلف الخاص عيب الإكراه أو عيب الغموض أو عيب الخفاء أو عيب عدم الاستمرار .

وقد تكون حيازة السلف مقترنة بسوء النية ، ومع ذلك يكون الخلف الخاص حسن النية فى حيازته . وإذا انتقلت الحيازة إلى الخلف الخاص ، فسواء كان السلف حسن النية أو سيء النية ، فانه يجب الرجوع إلى الأصل وافتراض حسن النية فى الخلف الخاص إلى أن يثبت العكس . وقد قررنا غير ذلك فى الخلف العام ، وقلنا إنه إذا كان المورث سيء النية فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض فى الوارث أنه حسن النية إلى أن يثبت حسن نيته ، لأن حيازة الوارث ليست إلا إستمرارا لحيازة المورث [١] . وإذا افترض فى الخلف الخاص حسن النية كما سبق القول ، فان هذا الافتراض يبقى [٢] إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نية الخلف الخاص . وفى جميع الأحوال يعتبر الخلف الخاص سيء النية ، ولو كان يعتقد أنه تلقى الحق من صاحبه ، إذا أعلنه صاحب الحق الحقيقى فى صحيفة الدعوى بأن الحق الذى يحوزه قد تلقاه من غير صاحبه . فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الخلف الخاص

(١) أنظر آنفاً ص ٨٨٠ .

(٢) فاذا كان السند الذى تلقى به الخلف الخاص الحيازة من السلف سبباً صحيحاً ناقلا للملكية كالبيع والهبة فاذا كانت العين عقاراً أمكن أن يتملكها الحائز بالتقادم القصير إذ يفترض فيه حسن النية كما قدمنا ، وإذا كانت العين منقولا تملكها فى الحال بمجرد الحيازة طبقاً للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

يصبح هذا سيء النية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم [١] . وإذا كان السلف قد اغتصب الحيازة بالإكراه فأصبح بذلك سيء النية . فان هذا لا يمنع من أن الحيازة إذا انتقلت إلى الخلف الخاص يفترض فى هذا الأخير أنه حسن النية ، لأن حيازة الخلف الخاص مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما سبق القول . وقد يكون السلف حسن النية . وتنتقل الحيازة إلى خلف خاص ، فيفترض فى الخلف الخاص أنه حسن النية إلى أن يثبت صاحب الحق أنه سيء النية . وليس ذلك راجعا إلى أن حيازة السلف المقترنة بحسن النية قد انتقلت على هذه الصفة إلى الخلف الخاص ، بل إن هذا رجع إلى أن حسن النية يفترض فى الحائز ، ولما كان حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مبتدأة فانه يفترض فيها حسن النية ، شأنها فى ذلك شأن أية حيازة أخرى .

٣٠٧ – ضم مدة حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص : وقد رأينا [٢] أن الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ مدنى تنص على ما يأتى : « ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر » . فبالرغم من أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما تقدم القول ، إلا أن الخلف الخاص بالخيار بين أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحداهما دون الأخرى ، وذلك تبعا لما يرى له من المصلحة فى ذلك [٣] .

فللخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، للتملك بالتقادم [٤] . فقد نقل له سلفه كل حقوقه على العين

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ .

(٤) كذلك للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته سلفه مدة حيازته فى حساب السنة التى يجب أن تبقى فيها الحيازة لإمكان رفع دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠) .

ومنها مزايا حيازته السابقة من ناحية التقادم (causam usucapiendi)[(١)]
فاذا كان السلف سيء النية وبقي حائزا للعين مدة ثماني سنوات مثلا ، ثم انتقلت حيازة العين إلى خلف خاص هو أيضا سيء النية ، فللخلف الخاص أن يتملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقي حائزا للعين سبع سنوات أخرى[(٢)]. وإذا كان السلف غير مالك للعقار ولكنه حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقي حائزا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا ، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص هو أيضا حسن النية ، فللخلف الخاص أن يتملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقي حائزا له مدة سنتين أخريين . ولكن يشترط فى ذلك أن تكون كل من الحيازتين ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص مستوفية لشروط التملك بالتقادم القصير ، فيجب أن تكون كل منهما مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح[(٣)] . وإذا كان السلف سيء النية . وبقي حائزا للعين مدة اثنتي عشرة سنة مثلا . ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص حسن النية . فنرى أن هذا الخلف الخاص يستطيع أن يستقل بحيازته . وهي مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح فيتملك بالتقادم القصير إذا بقي حائزا للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه فى الفرض المتقدم يفضل أن يضم حيازة سلفه سيء النية إلى حيازته هو ولو أنه حسن النية . فيتملك بالتقادم الطويل بدلا من التقادم القصير . ذلك أنه فى حالة ما إذا ضم مدة حيازة سلفه وهي اثنتا عشرة سنة ، لا يحتاج إلا إلى حيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى

---

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ ص ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفياً لشرائطه مدة خمسة عشر عاماً ، يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتيهما عن الخمسة عشر عاماً بغير حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر فى مستندات ملكيتهم . ولا يهم لذلك أن تكون عقود الملكية مسجلة أو غير مسجلة ، رسمية أو غير رسمية ، كما لا يهم أن تقدم تلك العقود إلى المحكمة أو ألا تقدم لسبب أو لآخر (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٢ ص ١٤٨٧) .

(٣) ديرانتون ٢١ فقرة ٢٤١ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ هامش ١١ وفقرة ٢٤٨ هامش ٣٧ – بفنوار ص ٢٨٢ و ص ٣٤٢ – جيوار فقرة ٥٨٢ – بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ ص ٢٧٢ .

يستكمل بها مدة التقادم الطويل . أما فى حالة ما إذا أراد التملك بالتقادم القصير ، فإنه لا يستطيع أن يضم مدة حيازة سلفه سيئ النية إلى مدة حيازته وهو حسن النية . فلا بد إذن من إسقاط مدة حيازة سلفه والتعويل على حيازته وحدها ، فيحتاج إلى حيازة تدوم خمس سنوات بدلا من ثلاث سنوات ، للتملك بالتقادم القصير . وإذا فرضنا العكس وكان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة ثلاث سنوات فقط ، ثم نقل حيازته إلى خلف خاص سيئ النية يعلم أن العقار ليس مملوكا لسلفه . فإن الخلف الخاص لا يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم القصير لأنه سيئ النية . ولكنه يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم الطويل . فإذا هو حازه مدة اثنتى عشرة سنة ، استطاع أن يضم إليها مدة حيازة سلفه حسن النية وهى ثلاث سنوات ، فيستكمل بها مدة التقادم الطويل [1] .

وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحداهما دون الأخرى ، وذلك تبعا لمصلحته . فقد تكون له مصلحة فى أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها ، ويسقط حيازته هو من الحساب . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح . وكان الخلف سيئ النية . فإذا كانت مدة حيازة السلف المقترنة بحسن النية بلغت خمس سنوات ، وبلغت مدة حيازة الخلف الخاص المقترنة بسوء النية مدة خمس سنوات أخرى ، فإن من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها وأن يسقط حيازته هو . وذلك لأن حيازة سلفه بلغت خمس سنوات وهى مقترنة بحسن النية والسبب الصحيح ، وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير . فلا يكون الخلف الخاص فى حاجة إلى التمسك إلا بحيازة السلف هذه ، فتخلص له ملكية العقار نقلا عن سلفه كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد أن يتمسك بمده حيازته المقترنة بسوء النية ، فهو لا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة سلفه وهى خمس سنوات إلى مدة حيازته وهى خمس سنوات أخرى ، لنقصه خمس سنوات ثالثة حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن من مصلحة الخلف الخاص فى هذا المثل ألا يتمسك

---

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ ص ٢٧٤ .

بحيازته هو ، وأن يقتصر على التمسك بحيازة سلفه وحدها (١) ، وقد تكون له مصلحة على العكس من ذلك فى أن يتمسك بحيازته هو وحدها ، وأن يسقط حيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف سيء النية ، وحاز العقار لمدة ثلاث سنوات ، ثم نقل حيازته بسبب صحيح إلى خلف خاص حسن النية بقى حائزا له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع الخلف الخاص أن يتملك العقار بالتقادم القصير ، إذ أنه قد حازه خمس سنوات ولديه السبب الصحيح وحسن النية . ولا يحتاج فى ذلك إلا إلى التمسك بحيازته هو دون حيازة سلفه . أما إذا أراد ضم حيازة سلفه سيء النية ، فلا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل . ولما كانت مدة حيازة سلفه ثلاث سنوات ومدة حيازته هو خمس سنوات ، فإنه بذلك ينقصه سبع سنوات أخرى حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن مصلحة الخلف الخاص فى هذا المثل ، بخلاف المثل السابق ، هى فى أن يتمسك بحيازته هو وحدها وأن يسقط حيازة سلفه . ولو أن السلف سيء النية كانت مدة حيازته اثنتى عشرة سنة ، بدلا من ثلاث ، وكانت مدة حيازة الخلف الخاص ثلاث سنوات أخرى ، بدلا من خمس ، لكان من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة السلف سيء النية فيضمها إلى مدة حيازته ، ويستكمل بها خمس عشرة سنة ، ويتملك بالتقادم الطويل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٨٩٤–ص٨٩٥– وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٣ ص ٢٧٤–وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لما قدمناه ، وأوجزته فى العبارات الآتية : «وقد يكون من تنتقل إليه الحيازة خلفاً خاصاً ، كمشتر من الحائز تنتقل إليه حيازة المبيع ، وللمشترى فى هذه الحالة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة البائع . فإن كانا حسنى النية معاً أو سيئى النية معاً ، كان ضم المدد على أساس أن الحيازة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال . وإن كان البائع سيء النية والمشترى حسن النية ، فالضم يجوز على أسوأ الفرضين أى على أساس سوء النية ، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثنتى عشرة سنة والمشترى مدة ثلاث سنوات . فلا يستطيع المشترى التمسك بالتقادم القصير ، إذ لا يجوز له أن يكمل المدة التى حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات . ولكن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل ، إذ يجوز له أن يعتبر حيازته كما لو كانت حيازة بسوء نية ، فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣) .

§ ٢ - زوال الحيازة

(Perte de le possession)

٣٠٨ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٦ مدنى على ما يأتى :

تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى » .

وتنص المادة ٩٥٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى » .

« ٢ - ولكن الحيازة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص.

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩١٥ - ٩١٦ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٦٠ - ٩٦١ - وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : «إذا فقد الحائز الشىء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته مادام لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣١ فى المشروع النهائى ، بعد حذف الفقرة الثانية « لأنها تطبيق للقواعد العامة» . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥) .

م ٩٥٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٢ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٩ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٨)

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١٥ - ٩١٦ (مطابق) .

ويخلص من هذه النصوص أن الحيازة تزول بزوال عنصرها المادى ، وهو السيطرة الفعلية على الحق الذى يستعمله الحائز . ثم إن الحيازة تزول أيضاً بزوال عنصرها المعنوى ، وهو قصد الحائز أن يستعمل الحق لحساب نفسه ، إذ أن الحيازة متى فقدت أحد عنصريها ، المادى أو المعنوى ، تكون قد فقدت أحد مقوماتها فتزول . ومن باب أولى تزول الحيازة إذا فقدت العنصرين معاً ، العنصر المادى والعنصر المعنوى [1] . ويلاحظ أن انتقال الحيازة إلى خلف خاص ينطوى على معنى زوال حيازة السلف ، فقد قدمنا أن الحيازة إذا انتقلت إلى خلف خاص تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، ومعنى ذلك أن حيازة السلف قد زالت وبدأت حيازة جديدة هى حيازة الخلف الخاص . وهذا بخلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام ، فان حيازة الخلف العام ليست حيازة جديدة ، بل هى استمرار لحيازة السلف [2] .

فنبحث إذن ، فى زوال الحيازة ، المسائل الآتية : (١) زوال الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى . (٢) زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وحده. (٣) زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى وحده .

٣٠٩ — زوال الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى : تزول الحيازة بداهة إذا فقد الحائز عنصريها المادى والمعنوى معاً ، ففقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه . ويتحقق ذلك فى أحد فرضين :

(الفرض الأول) بارادة الحائز متطابقة مع إرادة خلفه الخاص فى الحيازة. فيتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينقل له حيازة الحق الذى يستعمله ، وتنتقل الحيازة فعلا إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق . فهنا قد فقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه ،

= التقنين المدنى الليبى م ٩٦٠ – ٩٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لامقابل .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يفقد الحائز الحيازة إذا فقد عنصريها المادى والمعنوى ، أو فقد أحد العنصرين دون الآخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٧) .

(٢) انظر آنفاً ص ٨٩٠ .

فتفقد الحيازة بفقد عنصرها . ويبدأ الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، فان هذه الحيازة السابقة قد زالت بفقد عنصرها كما تقدم القول . وقد سبق الكلام فى هذا فى أحكام انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص ، فنحيل إلى ماقدمناه فى ذلك [١] .

(الفرض الثانى) بارادة الحائز وحده . فيتخلى الحائز عن حيازة الشىء وهذا التخلى (abandon) هو تخل من الحائز عن كل من السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب نفسه ، أى نزول عن العنصرين المادى والمعنوى . فاذا كان الشىء عقارا ، زالت الحيازة دون أن تزول الملكية . وإذا كان الشىء منقولا ، زالت الحيازة والملكية معاً متى كان قصد الحائز من التخلى عن الحيازة هو التخلى عن الملكية . وتنص المادة ٨٧١ / ١ مدنى فى هذا المعنى على أن : « يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته » . فاذا ألقى شخص فى الطريق أو فى سلة المهملات تلقى فى الطريق منقولا لم يعد ذا نفع له ، أو حفر خندقا فى أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا فالقى بالطين والأتربة التى تستخرج من باطن الأرض على قارعة الطريق ، أو ألقى بمخلفات منزله فى صناديق القمامة ، فان هذه المنقولات تسمى بالمنقولات المتروكة (res derelictae) ، وتصبح سائبة لا مالك لها ، بعد أن تخلى المالك عن حيازتها بقصد النزول عن ملكيتها [٢] .

٣١٠ – زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وحده : وقد يفقد الحائز السيطرة المادية على الحق الذى يستعمله ، فيفقد حيازته ، ولو استبقى العنصر المعنوى وهو قصد استعمال الحق ، فان قصد استعمال الحق لا يجديه شيئا إذا هو فقد استعماله فعلا أى فقد السيطرة عليه [٣] . ويفقد الحائز السيطرة المادية على الحق إذا ، غصب الغير منه الشىء محل الحق عقارا كان أو منقولا ، أو سرقة منه أو ضاع إذا كان منقولا . مثل ذلك أن يغتصب الغير من الحائز الأرض التى فى حيازته ، أو يسرق متاعا له ، أو يضيع من الحائز مجوهرات يملكها

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٢ – فقرة ٢٠٧

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥ وفقرة ١٠ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٣٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١٢٦ .

أو يتسرب حيوان كان فى حيازته . فنى هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقده السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوى واحتفظ بالقصد ، فان عنصرا من عنصرى الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة(١) . وتقول المادة ٩٥٦ مدنى ، كما رأينا (٢) ، فى هذا المعنى : « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى » . ويلاحظ أن تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية يتضمن تخليه أيضا عن عنصر القصد ، فتزول الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى معاً . ولكن فى غير التخلى ، إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية أى العنصر المادى وحده ، فانه يفقد الحيازة بفقده أحد عنصريها . فنى حالة اغتصاب الأرض يكون الحائز هو المغتصب ، وهو يبتدىء حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التى زالت بفقد عنصرها المادى (٣) . والحائز ، فى حالة السرقة ، هو اللص ، وهو أيضا يبتدىء حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التى زالت بفقد عنصرها المادى . أما إذا ضاع الشىء أو تسرب الحيوان ، دون أن يعثر عليه أحد فيحوزه ، فان حيازته تزول أيضا بفقد عنصرها المادى. ولكن الشىء الضائع أو الحيوان المتسرب لا يكون فى حيازة أحد ، وإن بقى فى ملكية الحائز السابق وبقى هذا محتفظا بعنصر القصد . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٥٦ مدنى يتضمن فقرة ثانية تقرر حكما غير هذا الحكم ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا فقد الحائز الشىء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته ، ما دام لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود »(٤) وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لأنها تطبيق للقواعد العامة » (٥) ، والصحيح أن حكم هذه الفقرة المحذوفة يخالف القواعد العامة ، فان الحيازة متى فقدت عنصرها المادى تزول ولو استبقى الحائز عنصر القصد وهو العنصر

---

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٣ – فقرة ٢٣٥ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٧ .

(٥) أنظر آنفاً ص ٨٩٧ هامش ١ .

المعنوى . وقد كان المقصود بايراد هذه الفقرة فى المشروع التمهيدى أن تكون استثناء من القواعد العامة ، لا تطبيقا لها . أما وقد حذفت ، فلم يعد بعد مجال لهذا الاستثناء . ويجب اعتبار من أضاع شيئا أنه فقد حيازته ، وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته (animo solo) ، ولو لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود [١] .

والاستثناء من القاعدة التى تقضى بزوال الحيازة بفقد عنصرها المادى هو ما أوردته الفقرة الأولى من المادة ٩٥٧ مدنى . إذ تقول كما رأينا [٢] : « لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى ». والمفروض هنا أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أو قوة قاهرة ، وأنه مانع وقتى زواله مترقب . وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقوته ولا يلبث أن ينحسر فتعود لحائز الأرض السيطرة المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة فى هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية فقدا موقتا بقوة قاهرة ، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى فى أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها . أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة غير موقتة ، فان الحائز للأرض يكون قد فقد السيطرة المادية عليها ، ومن ثم يفقد الحيازة [٣] .

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة ٣٦٨ ص ٥٦٢ هامش ١ – وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٧ ص ١٣١ – ١٣٢ وفقرة ٨٦ ص ١٥٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٥ ص ٣٩٣ – أما إذا وضع شخص شيئاً فى منزله أو فى مكان ، ثم نسى أين وضعه ، فانه لايفقد حيازته ولايعتبر أنه فقد السيطرة المادية عليه بمجرد نسيان المكان الذى وضعه فيه ، ذلك أن الشىء لايزال فى حوزته ، وإذا تذكر مكانه بعد ذلك وأخذه ، فان حيازته له تعتبر غير منقطعة (بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٦) .

وفى فرنسا يميز القضاء بين المنقول والعقار . فى المنقول تجرى القواعد العامة ، ويفقد الحائز الحيازة إذا فقد العنصر المادى وحده . أما فى العقار ، فيجوز أن يستبقى الحائز الحيازة بمحض نيته (animo solo) ، ولو فقد العنصر المادى . ويشترط لذلك ألا يكون شخص آخر قد استولى على العقار وحازه لمدة لاتقل عن سنة (نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ – ١ – ٤٥ – ١١ يناير سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ١٢٥) . وانظر مازو فقرة ١٤٧٢ – مارتى ورينو فقرة ١٨ – كاربونييه ص ١٣١ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Possession فقرة ٢٧ – وقرب عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٦٨ ص ٥٦٤ – ص ٥٦٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) ديمولومب ١٠ فقرة ١٧٤ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ – بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٤ .

وإذا كان الشيء عقارا واغتصبت حيازته بعلم الحائز أو دون علمه ، فالأصل كما قدمنا أن يفقد الحائز للعقار السيطرة المادية عليه فيفقد الحيازة . ولكنه مع ذلك يجوز أن يسترد حيازة العقار بدعوى استرداد الحيازة طبقا لقواعدها التي سيأتي بيانها ، ومن هذه القواعد أن يرفع دعوى الاسترداد في خلال سنة من وقت حيازة المغتصب الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز بالحيازة الجديدة إذا بدأت خفية . فان استرد الحائز حيازته على هذا الوجه ، إعتبر مستبقيا للحيازة بأثر رجعي حتى في أثناء المدة التي اغتصبت فيها منه الحيازة . أما إذا لم يستردها في خلال السنة ، فان الحيازة تزول من وقت أن اغتصبها المغتصب ، وذلك بسبب فقد عنصر السيطرة المادية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٧ مدنى كما رأينا [١] في هذا المعنى : « ولكن الحيازة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية [٢] » .

وتزول الحيازة أيضا بفقد عنصرها المادى وهو عنصر السيطرة المادية ، إذا هلك الشيء ، أو إذا دخل في الأملاك العامة (الدومين العام) [٣] .

٣١١ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى وحده : وتزول الحيازة أخيرا بفقد عنصرها المعنوى وحده ، مع بقاء عنصرها المادى وهو السيطرة الفعلية . ويتحقق ذلك فيما إذا كان فقد الحائز عنصر القصد في أن يحوز الشيء لحساب نفسه فيفقد بذلك العنصر المعنوى للحيازة ، مع استبقائه السيطرة المادية على الشيء فيستبقى العنصر المادى ، وإن كان يستبقيه نيابة عمن انتقل إليه

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٣٠٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «كذلك إذا انتقل العنصر المادى لشخص آخر ، ولكن انتقاله كان خلسة أو بالإكراه ، فان الحائز لا يفقد الحيازة إلا إذا مضت سنة كاملة من الوقت الذى علم فيه بانتقال العنصر المادى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٧) . وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ - ص ١١٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

الشيء . وأكثر ما يكون ذلك فيما إذا باع شخص شيئاً . واتفق مع المشترى على أن يستبقيه عنده لحساب المشترى (constitut possessoire) . فهنا يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشترى . وفقد العنصر المعنوى فلم يعد يحوز المبيع لحساب نفسه بل لحساب المشترى . وعلى ذلك يفقد الحيازة الأصيلة لأنه فقد عنصرها المعنوى . وتنقلب حيازته إلى حيازة عرضية (١) .

المبحث الثانى

حماية الحيازة فى ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية

المطلب الاول

حماية الحيازة فى ذاتها

(دعاوى الحيازة الثلاث)*

٣١٢ – خصائص دعاوى الحيازة : لدعاوى الحيازة خصائص تتميز بها ، فهى : (أولا) دعاوى تحمى الحيازة فى ذاتها . (ثانيا) دعاوى تحمى حيازة العقار دون حيازة المنقول . (ثالثا) دعاوى تحمل طابع الاستعجال فتدخل فى اختصاص القاضى الجزئى .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

* مراجع : Arclambault et Senly فى القاموس العملى لدعاوى الحيازة وإقامة الحدود جزآن سنة ١٨٨٩ – سنة ١٨٩٠ – Bagenet فى دعاوى الحيازة وصلتها بالقانون المدنى طبقاً لقضاء محكمة النقض سنة ١٩٢٣ – Raviart فى دعاوى الحيازة وإقامة الحدود الطبعة الخامسة سنة ١٩٢٩ – Laplatte فى دعاوى الحيازة وإقامة الحدود سنة ١٩٤١ .

رسائل : Bourcart فى دعاوى الحيازة باريس سنة ١٨٨٠ – Birague d'apremont فى دعوى منع التعرض باريس سنة ١٩٠٢ – Lecourt فى التكييف القانونى لدعوى استرداد الحيازة Caen سنة ١٩٣١ – are فى حماية الحيازة فى حقوق الارتفاق سنة ١٩٣٤ – Gilles فى دعوى استرداد الحيازة سنة ١٩٣٦ – Steinher فى التعرض القائم على تصرف قانونى فى دعاوى الحيازة ستراسبورج سنة ١٩٣٨ – Durif فى حماية الحيازة فى العقار ستراسبورج سنة ١٩٤٢ – Lafage فى دعوى منع التعرض فى حقوق الارتفاق غير المستمرة وفى حقوق الاستعمال فى الريف براتيه سنة ١٩٤٢ .

٣١٣ – (أولا) دعاوى الحيازة تحمى الحيازة فى ذاتها : فهذه الدعاوى إنما جعلت لحماية الحيازة فى ذاتها ، دون نظر إلى ما إذا كان الحائز يملك الحق الذى يحوزه أولا يملكه . فالحائز لأرض ، أى الحائز لحق الملكية فى هذه الأرض ، تحميه دعاوى الحيازة . ولا يطلب منه ، فى مباشرته لهذه الدعاوى ، إلا أن يثبت حيازته للأرض بالشروط الواجب توافرها فى الحيازة على الوجه الذى سبق أن بسطناه . فلا يطلب منه أن يثبت أنه مالك للأرض ، فالملكية تكون محلا لدعوى الاستحقاق ، وهى دعوى ملكية لا دعوى حيازة تتميز ، على خلاف دعوى الحيازة ، باجراءات طويلة معقدة ، وبطرق إثبات تزيد كثيرا فى الصعوبة والعسر على طرق إثبات الحيازة . وسواء كان الحائز للأرض مالكا لها أو غير مالك ، فانه متى أثبت حيازته للأرض كان له أن يحمى حيازته هذه بدعاوى الحيازة فيستطيع أن يسترد حيازته ، إذا كانت قد انتزعت منه عنوة أو خلسة ، بدعوى استرداد الحيازة . وإذا لم تنتزع منه الحيازة ، ولكنها تعرضت للاعتداء أو التهديد ، فانه يستطيع أن يدفع عنها الاعتداء أو التهديد بدعوى منع التعرض . وإذا لم تتعرض حيازته للاعتداء أو التهديد ، ولكنها توشك أن تتعرض لذلك من جراء أعمال بدىء بها ولما تتم ، فانه يستطيع أن يطلب وقف هذه الأعمال بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

وما قلناه فى حق الملكية يقال فى الحقوق الأخرى التى تكون محلا للحيازة. فدعاوى الحيازة تحمى حائز حق الانتفاع أو حائز حق الارتفاق أو حائز حق رهن الحيازة أو حائز حق المستأجر . فلا يطلب من الحائز لأحد هذه الحقوق إلا أن يثبت حيازته لهذا الحق ، فتحمى حيازته دون أن يطلب منه أن يثبت أنه صاحب هذا الحق فعلا . ومن ثم يستطيع أن يسترد حيازته للحق بدعوى استرداد الحيازة ، وأن يرفع عنها الاعتداء والتهديد بدعوى منع التعرض ، وأن يطلب وقف الأعمال الجديدة التى توشك أن تهدد حيازته بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

٣١٤ – (ثانيا) دعاوى الحيازة تحمى حيازة العقار دون حيازة المنقول :

ودعاوى الحيازة لا تحمى حيازة المنقول ، فالمنقول ليس له كالعقار مستقر ثابت يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية فى شأنه . فيد الحائز للمنقول تختلط بيد

المالك ، ومن ثم اختلطت الحيازة فى المنقول بالملكية ، وحمت دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معاً ، إذ أصبحت الحيازة فى المنقول إذا اقترنت بحسن النية هى نفسها سند الملكية . هذا إلى أن دعاوى الحيازة قد نشأت كما سنرى فى القانون الفرنسى القديم ، حيث كان المنقول على خلاف العقار غير ذى خطر ، فلم يستأهل أن تكون حمايته فى حيازته مستقلة عن حمايته فى ملكيته (mobilium possessio vilis) [1] .

وكما لا يحمى المنقول بدعاوى الحيازة ، كذلك لا يحمى المجموع من المال (universalité) كالتركة . فالحائز لمجموع من المال كالوارث إنما يحمى فى حيازته لعقار معين من هذا المجموع ، ولا يحمى فى حيازته لمجموع المال ذاته إذ المجموع من المال لا يقبل الحيازة [2] .

ودعاوى الحيازة إنما تحمى حيازة العقار المعين بالذات . وحماية جميع الحقوق العينية التى تقع على العقار مما يكون قابلا للحيازة . وعلى ذلك تحمى هذه الدعاوى : (١) حيازة العقار ، أى حيازة حق الملكية فى العقار ، إذا كان العقار قابلا للحيازة . فاذا كان العقار داخلا فى الدومين العام ، فانه لا يكون فى الأصل قابلا للحيازة ، وكان ينبغى ألا يكون هناك مجال فى شأنه لدعاوى الحيازة [3] . ولكن القضاء فى فرنسا جرى على حماية الشخص العام ، فى حيازته للعقار الداخل فى الدومين العام ، ضد أعمال التعرض والاغتصاب الصادر من

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٥ وهامش ٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٤ – على أن هناك استثناء نرى فيه حيازة المنقول تحميه دعاوى الحيازة وهذه هى حيازة حق المستأجر . فحق المستأجر ، ولو كانت العين المؤجرة عقاراً ، يعتبر منقولا (الوسيط ٨ فقرة ١٠٨ ص ٢٠١) . ومع ذلك فهناك نص صريح يقضى بجواز أن يحتمى المستأجر فى حيازته لحقه ، إذا كانت العين المؤجرة عقاراً طبعاً ، بدعاوى الحيازة ، إذ تنص المادة ٥٧٥ / ١ مدنى على أنه «لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبى مادام المتعرض لا يدعى حقاً ، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق فى أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد» .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٥ هامش ٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٤ ص ١٩٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٨ – ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٥ .

الغير . بل إنه يحمى كل من حصل من الأفراد على ترخيص فى الانتفاع بالعقار الداخل فى الدومين العام ، فى حيازته لهذا العقار ، بجميع دعاوى الحيازة ضد الغير [١] ، فيما عدا الجهة الإدارية التى منحته الترخيص . أما حيازة العقار المملوك للشخص العام ملكية خاصة فتحمى بداهة بجميع دعاوى الحيازة ، شأنها فى ذلك شأن أى عقار مملوك للأفراد [٢] . (٢) حيازة حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، إذا تعلقت هذه الحقوق بعقار . (٣) حيازة حقوق الارتفاق ، فى الحدود التى تقبل فيها هذه الحقوق الحيازة ، أى حقوق الارتفاق الظاهرة (م ١٠١٦ / ٢ مدنى) [٣] . (٤) حيازة حق الحكر . (٥) حيازة حق رهن الحيازة إذا تعلق بعقار [٤]

٣١٥ – ثالثاً دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال فتدخل فى اختصاص القاضى الجزئى : ودعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال ، إذ هى لا تتعرض للملكية كما قدمنا بل تقتصر على مجرد حماية الحيازة فى ذاتها . فاجراءاتها غير طويلة وغير معقدة كدعاوى الملكية ، وهى قريبة الشبه بالدعاوى المستعجلة التى لا يجوز التعرض فيها للموضوع . ولذلك تدخل دعاوى الحيازة ، كالدعاوى المستعجلة ، فى اختصاص القاضى الجزئى أياً كانت قيمة العقار ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب هذا القضاء . وتنص المادة ٤٧ مرافعات

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٨٨ – ص ١٨٩ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٦٨ – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٦ .
وتحمى دعاوى الحيازة أيضاً حيازة المنشآت المقامة فى الأرض ، بناء كانت أو غراساً ، إذا كانت ملكية هذه المنشآت مستقلة عن ملكية الأرض ، إذ تعتبر فى هذه الحالة عقاراً مستقلا عن الأرض ، وتحمى حيازتها كما تحمى حيازة الأرض نفسها (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٨) .

(٣) ويلحق بحقوق الارتفاق ، فيحمي بدعاوى الحيازة ، القيود الواردة على الملكية ، وهى القيود المتعلقة بالرى والصرف من شرب ومجرى ومسيل ، وحق المرور ، والمطلات . فاذا حصل الجار فى الحدود التى رسمها القانون على حق الشرب من ماء جاره ، أوحق المرور فى أرض جاره ، أوفتح مطلا على عقار جاره ، فانه يستطيع أن يحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة .

(٤) وتجوز حماية حق المستأجر بدعاوى الحيازة ، ولو أن هذا الحق حق شخصى ، بشرط أن يكون متعلقاً بعقار .

فى هذا الصدد على أن « تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا فى : (ا) دعاوى الحيازة . (ب) طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدى عليها إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة »[1] . هذا من ناحية الاختصاص النوعى ، ومن ناحية الاختصاص المحلى تختص بنظر دعاوى الحيازة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا فى دوائر محاكم متعددة (م ٥٦ / ١ مرافعات) . وتستأنف الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية فى دعاوى الحيازة ، ولو لم تزد قيمة العقار على النصاب النهائى للقاضى الجزئى ، أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أصدرت هذه الأحكام .

ويعتبر اختصاص القضاء الجزئى بنظر دعاوى الحيازة (الاختصاص النوعى) من النظام العام . فاذا رفعت دعوى الحيازة إلى غير القضاء الجزئى ، جاز لكل خصم أن يدفع بعدم الاختصاص فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، بل ولأول مرة أمام محكمة النقض ، ويجوز للمحكمة أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . أما الاختصاص المحلى فلا يعتبر من النظام العام ، ويجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى

---

(١) ولم يورد المشروع الجديد لتقنين المرافعات مقابلا للمادة ٤٧ مرافعات ، مع أنه عرض لدعاوى الحيازة فى المادة ٤٤ منه دون أن يجعل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء الجزئى . وبالرغم من أنه لم يرد فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع شىء يبين العلة التى من أجلها لم ينص المشروع على اختصاص القضاء الجزئى بنظر دعاوى الحيازة ، إلا أنه يبدو أن عدم إيراد نص فى هذا المعنى متعمد . وذلك معناه أن الاختصاص بنظر دعاوى الحيازة تتبع فى شأنه القواعد العامة فى الاختصاص النوعى الواردة فى المشروع الجديد ، فيختص القضاء الجزئى بنظر هذه الدعاوى إذا كانت قيمة العقار لاتجاوز خمسمائة جنيه ، ويكون حكمه انتهائياً إذا لم تجاوز قيمة العقار مائة وخمسين جنيهاً ، فان زادت القيمة عن هذا المقدار جاز استئناف الحكم أمام المحكمة الابتدائية وعندئذ لايكون الحكم النهائى الصادر من المحكمة الابتدائية قابلا للطعن فيه بالنقض . وإذا زادت قيمة العقار على خمسمائة جنيه كانت المحكمة الابتدائية هى المختصة بنظر دعاوى الحيازة ، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف وعندئذ تكون الأحكام النهائية الصادرة من محكمة الاستئناف قابلة للطعن فيها بالنقض . ولعل هذا هو السبب الذى دعا واضعى المشروع الجديد لتقنين المرافعات إلى الانحراف عن التقاليد المستقرة فى جعل دعاوى الحيازة من اختصاص القضاء الجزئى ، إذ يبدو أنهم أرادوا أن يفتحوا باب النقض لهذه الدعاوى عن طريق الطعن فى الأحكام النهائية التى تصدر فيها من محاكم الاستئناف .

قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها اختصاصا محليا بنظر دعوى الحيازة .

ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه ، وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه (م ٤٨ / ٢ و٣ مرافعات وسيأتى بيانها) .

ويختص القضاء الجزئى كما رأينا (م ٤٧ ب مرافعات) بالنظر فى طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدى عليها إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة ، أيا كان مقدار التعويض المطلوب ولو جاوز نصاب القاضى الجزئى . ويكون حكمه فى ذلك قابلا للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم ، ولولم يزد مقدار التعويض المطلوب على النصاب النهائى للقاضى الجزئى . ويختص القضاء الجزئى كذلك بالنظر فى طلب الحكم بالغرامة التهديدية (astreintes)[1] .

٣١٦ — *الأصل التاريخى لدعاوى الحيازة* : يبدو أن دعاوى الحيازة لا تمت بأصلها إلى القانون الرومانى ، إذ ليست لها صلة بما كان يسمى عند الرومان (interdits) وإن حاول البعض دون جدوى إرجاع أصلها إلى ذلك[2] .

والظاهر أن أصل هذه الدعاوى يرجع إلى القانون الكنسى (droit canonique) ، وقد ظهرت فى العصور الوسطى فى صورة دعاوى ثلاث : دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

وأقدم هذه الدعاوى دعوى استرداد الحيازة ، وقد ورد ذكرها فى نصوص القانون الكنسى ، واستخلص منها فقهاء هذا القانون دعوى

(١) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ – ١ – ٤١٢ – وانظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٧ .

(٢) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٥ ص ١٩٣ هامش ٥ .

(actiospolii) ودفعا (exceptio spolii) لحماية من انتزعت منه الحيازة بالإكراه .
وتلت هذه الدعوى دعوى منع التعرض ، وقد ظهرت فى القرن الثالث عشر فى العادات القديمة (coutumes de Beauvoisis de Baumanoir) لحماية من يقع له تعرض فى حيازة تدوم سنة كاملة . ثم ظهرت دعوى وقف الأعمال الجديدة ، وقد صيغت على غرار دعوى رومانية (nuncatio novi operis) لحماية حائز العقار من أعمال جديدة يقوم بها جاره وتوشك أن تهدد حيازته .
وقد أدمجت دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ، منذ القرن الرابع العاشر فى دعوى واحدة (complainte en cas de saisine et de nouvelleté).

ولكن القانون الفرنسي الحديث رجع إلى التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث . فذكر التقنين المدنى الفرنسي دعوى استرداد الحيازة فى المادة ٢٠٦٠ (ثانيا) منه فى خصوص الإكراه البدنى ، وقد ألغى هذا النص مع النصوص الأخرى المتعلقة بالإكراه البدنى بقانون ٢٢ يوليه سنة ١٨٦٧ . وقضى تقنين المرافعات الفرنسي باختصاص قاضى الصلح فى نظر دعاوى الحيازة ، ونصت المادة ٢٣ مرافعات فرنسى على أن « دعاوى الحيازة لا تقبل إلا إذا رفعت فى خلال سنة من وقت التعرض لمن بقيت حيازتهم ، بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم ، منذ سنة على الأقل ، حيازة هادئة وبصفة غير عرضية » . ثم ذكرت دعاوى الحيازة الثلاث فى المادة ٦ / ١ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ ، ثم فى المادة ٧ / ٢ من قانون ١٢ يوليه سنة ١٩٠٥ الذى ألغى قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ وحل محله [1] .

٣١٧ - التمييز بين دعاوى الحيازة الثلاث ومكانها فى التشريع المصرى :
وقد ميز التقنين المدنى المصرى الجديد بين دعاوى الحيازة الثلاث تمييزا واضحا ، وخصها بنصوص (م ٩٥٨ – ٩٦٢ مدنى) وردت بين النصوص المتعلقة بالحيازة .

ويلاحظ أن هناك فرقا جوهريا بين دعوى استرداد الحيازة من جهة وبين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة من جهة أخرى . ففى حين

(١) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٤ ص ١٧٣ – ص ١٧٤ وفقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ هامش ٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٥ وفقرة ٢٠٦ ص ٢١٣ – أنسيكلو بيدى داللوز ١ لفظ actcon possessoire فقرة ٤ – فقرة ١٠

أن الدعويين الأخيرتين تحميان الحيازة بعد أن تستقر وبعد أن تدوم سنة على الأقل ويراد بهما دفع التعرض عن هذه الحيازة المستقرة ، إذا بدعوى الاسترداد تعطى كما سنرى لكل حائز ، ولو كان حائزا عرضيا ، ولو لم تدم حيازته سنة واحدة ، بل ولو لم تستمر حيازته غير يوم واحد أو أقل ، ما دامت هذه الحيازة قد انتزعت منه عنوة أو كان قد فقدها خفية . ثم إن دعوى منع التعرض تتميز عن دعوى وقف الأعمال الجديدة فى أن الدعوى الأولى تدفع عن الحيازة اعتداء قد وقع فعلا ، فى حين أن دعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة ، لا من اعتداء قد وقع فعلا ، بل من اعتداء يوشك أن يقع وهو سيقع حتما لو تمت الأعمال التى بدىء بها .

وكثير من التشريعات ، كالقانون الفرنسى والقانون المصرى السابق ، يكتفى بالإشارة إلى دعاوى الحيازة فى نصوص تقنين المرافعات وفى خصوص تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه الدعاوى . أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد عنى بدعاوى الحيازة ، ووضعها فى مكانها الصحيح بين نصوصه المتعلقة بالحيازة ، تحت عنوان « حماية الحيازة — دعاوى الحيازة الثلاث » . وبدأ بدعوى استرداد الحيازة فأفرد لها المواد ٩٥٨ — ٩٦٠ مدنى ، وأعقبها بدعوى منع التعرض فأفرد لها المادة ٩٦١ مدنى ، وانتهى إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة فأفرد لها المادة ٩٦٢ مدنى . ونستعرض الآن هذه الدعاوى الثلاث على التعاقب .

§ ١ — دعوى استرداد الحيازة

(La réintégrande)

٣١٨ — نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — لحائز العقار ، إذا فقد الحيازة ، أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه . فاذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك » .

« ٢ — ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره » .

وتنص المادة ٩٥٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل . والحيازة الأحق بالتفضيل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني . فاذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ » .

« ٢ — أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى » .

وتنص المادة ٩٦٠ على ما يأتي :

« للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ، ولو كان هذا الأخير حسن النية [١] » .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق [٢] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٨ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٣ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٠ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٩ — ص ٤٧١) .

م ٩٥٩ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — غير أنه إذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت انتزاعها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل . ٢ — والحيازة الأفضل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني ، فاذا لم يكن لدى الحائز سند أو تعادلت سندات الحائزين كانت الحيازة الأفضل هي الحيازة الأسبق في التاريخ » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٤ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣١ ، بعد تعديله تعديلا جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٢ — ص [illegible]) .

م ٩٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٤ — ص ٤٧٥) .

(٢) ولكن أنظر م ٢٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ونصها : « ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتي بيانها ويكون حكمه انتهائيا : . . . (ثالثا) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة في وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من مدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى » .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٦٢ – ٩٦٤ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٥٠ – ١١٥٣ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل [١] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لامقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السورى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٢ – ٩٦٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٠ : ١ – لحائز العقار ، إذا انتزعت منه الحيازة ، أن يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها إليه . فإذا كان انتزاع الحيازة خفية ، بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك . ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره . ٢ – وإذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة من وقت انتزاعها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل . والحيازة الفضلى هى التى تقوم على سند قانونى . وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً ، فضل صاحب السند الأقدم تاريخاً سواء تلقيا العقار من شخص واحد أو من أشخاص مختلفة ، وإذا كان أحدهما تلقى العقار من الآخر فضل صاحب السند المتأخر تاريخاً . وإذا تعادلت السندات أو لم يكن لدى أى منهما سند ، فضل من كان أسبق فى الحيازة . فإذا استويا فى ذلك ، حكم لهما بالاشتراك فى الحيازة . ٣ – وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً ، وطالب الطرف الآخر باعادة يده السابقة ، حكم باعادة يده ، وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته .

م ١١٥١ : إذا أقام الحائز دعوى وضع اليد لاسترداد حيازته ، فله أن يطلب منع المدعى عليه من إنشاء أبنية أو غرس أشجار فى العقار المتنازع فيه أثناء قيام الدعوى ، بشرط أن يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعى غير محق فى دعواه .

م ١١٥٢ : ١ – إذا كان المدعى عليه قد أنشأ أبنية أو غرس أشجاراً فى العقار المتنازع فيه قبل أن يمنع من ذلك ، فله أن يطلب بقاء الأبنية والأشجار مع العقار فى حيازته حتى يفصل فى دعوى الملكية ، بشرط أن يقدم تأمينات كافية لضمان ماقد يصيب المدعى من الضرر إذا لم يثبت المدعى عليه ملكيته ، وبشرط أن يرفع دعوى الملكية فى خلال شهر واحد من تاريخ تقديمه هذه التأمينات . فاذا لم يقدم التأمينات المذكورة ، أوتأخر فى رفع دعوى الملكية عن الميعاد المذكور ، سلم العقار مع ما أحدث فيه من منشآت إلى المدعى إذا هو قدم التأمينات الكافية ، وإلا سلم إلى عدل . ٢ – وإذا كان البناء أوالغراس واقعاً فى قسم من العقار المتنازع فيه ، فلا تطبق هذه الأحكام إلا على هذا القسم ، وتماد يد المدعى على الباقى من العقار .

م ١١٥٣ : ١ – إذا كان للمدعى عليه زرع مدرك فى العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع يده ، أمر بحصد الزرع وتسليم العقار خالياً للمدعى . ٢ – وإذا كان البذر لم ينبت ، فللمدعى الخيار إن شاء أعطى مثل البذر أو قيمته وتملكه ، وإن شاء تربص حتى إدراك المحصول =

ويخلص من هذه النصوص ما يأتي : (١) المدعى في دعوى استرداد الحيازة هو الحائز للعقار، ولو كان حائزا عرضيا بالنيابة عن غيره . (٢) المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو من انتزع الحيازة من الحائز . وكذلك خلفه ولو كان حسن النية . (٣) المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة هي سنة من وقت فقد الحيازة أو من وقت العلم بفقدها . (٤) ما يحكم به القاضي في دعوى استرداد الحيازة يختلف باختلاف ما إذا كانت الحيازة قد دامت سنة قبل انتزاعها ، وما إذا كانت قد انتزعت بالقوة ، وما إذا كان منتزع الحيازة أحق بالتفضيل : (٥) التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة هو أنها تتراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة .

فنبحث هذه المسائل متعاقبة .

٣١٩ — المدعى في دعوى استرداد الحيازة : المدعى في هذه الدعوى هو الحائز للعقار . ويجب عليه أن يثبت أنه وقت أن انتزعت منه الحيازة كان

=وحصده في مقابل أجر مثل العقار . ٣ - وإذا كان البذر نابتاً ولم يدرك ، فللمدعى الخيار إن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده في مقابل أجر مثل العقار ، وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ماقد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ثبتت ملكيته ، على أن يضمن المدعى قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعى عليه .

(والتقنين العراقي يحفل بالتفصيلات ، وبخاصة فيما يتعلق بانشاء الأبنية وغرس الأشجار ، والبذر إذا لم ينبت أونبت ولم يدرك أونبت وأدرك ، وهو في مجموعه لا يخالف أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لامقابل . ولكن انظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٣ - يحكم قضاة الصلح في الدعاوى الآتية ، وأحكامهم تكون على الدوام قابلة للاستئناف : (١) الدعاوى التصرفية (دعاوى اليد) على شرط أن تقام في خلال المهلة المنصوص عليها في المادة ٤٨ . م ٤٨ - لاتقبل الدعوى التصرفية إلا في خلال سنة تبتدىء من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف . م ٤٩ - إن الدعوى التصرفية نوعان : دعوى إعادة اليد وهي تستلزم وجود شخص نزعت يده ، ودعوى التعرض وهي تستلزم حصول تعرض لحق التصرف لم يبلغ حد نزع اليد . م ٥٠ - تقام دعوى إعادة اليد من قبل كل متصرف كان قبل نزع يده يتصرف تصرفاً مادياً متواصلا سليماً ، وعلنيا خالياًمن الالتباس . ويحق للمستأجر والمزارع أو صاحب الامتياز في ملك الدولة العام أن يقيم هذه الدعوى على الشروط نفسها . (وهذه الأحكام توافق أحكام التقنين المدني المصري) .

حائزا للعقار [١] حيازة خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة[٢] محل الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

وليس من الضرورى فى دعوى استرداد الحيازة ، وهذا هو الذى يميزها عن سائر دعاوى الحيازة ، أن يكون الحائز حائزا أصيلا أى حائزا لحساب نفسه . فيجوز للحائز العرضى ، وهو الحائز لحساب غيره ، أن يكون مدعيا فى دعوى استرداد الحيازة ، ويطالب باسترداد حيازة حق الملكية فى حين أنه يكون صاحب حق انتفاع أو مرتهنا رهن حيازة أو مستأجرا أو حارساقضائيا ، أى حائزا لحق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك[٣] . وتصرح الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ مدنى ، كما رأينا[٤] ، بهذا الحكم إذ تقول : « ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره » .

وكما يجوز للحائز العرضى أن يكون مدعيا فى دعوى استرداد الحيازة ، كذلك يجوز لمن قامت حيازته على عمل من أعمال التسامح ، وهو مثل الحائز العرضى مجرد من عنصر القصد فى الحيازة وليس لديه إلا السيطرة المادية ، أن يكون مدعيا فى دعوى استرداد الحيازة . ويكون مدعيا فى دعوى استرداد الحيازة أيضا من حصل على ترخيص (concession) من الجهة الإدارية

---

(١) حيازة مادية حالية ، ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ، ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً فى حال وقوع الغصب . وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأنه إذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم باغلاقه لمخالفة ارتكبها مستأجره ، ونفذ حكم الإغلاق باخراج جميع الأشياء التى كانت به وإغلاق بابه وبوضع الأختام عليه : فان حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائى الصادر عليه . والقول بأن المستأجر ظل حائزاً رغم ذلك هو خطأ فى فهم معنى الحيازة (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٦) .

(٢) استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٨٢ – ٢٦ فبراير سنة ١٨٩١م ٣ ص ١٩١ – ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٢٧ – ١٥ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٤ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣١ – ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ – ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ (حارس قضائى) – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٠ – ص ٢٤١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

فى الانتفاع بعقار داخل فى الأملاك العامة ولو أن حيازته للملك العام معرضة للزوال فى أى وقت بمجرد رجوع الجهة الإدارية فى الترخيص[١]. ولكل من الحائز على سبيل التسامح والحائز بموجب ترخيص إدارى أن يسترد الحيازة بدعوى استرداد الحيازة ، حتى من المالك الذى أجاز الحيازة على سبيل التسامح ، أو من الجهة الإدارية التى منحت الترخيص[٢]. على أنه لا يجوز استرداد الحيازة من الجهة الإدارية إذا كانت هذه الجهة قد انتزعت الحيازة من المرخص له ، لا باعتبارها تدير الملك العام ، بل بموجب سلطتها العامة التنظيمية (pouvoir général réglementaire) ، كأن تستصدر قرارا باعتبار الأعمال التى دعت لانتزاع الحيازة من أعمال المنفعة العامة[٣].

وليس من الضرورى لرفع دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز أن يرفع هذه الدعوى حتى لو كان سيء النية .

وليس من الضرورى أخيرا ، لرفع دعوى استرداد الحيازة ، أن يكون الحائز قد دامت حيازته سنة كاملة قبل أن يفقد الحيازة كما يشترط ذلك فى دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة على ما سنرى . فأية حيازة تكون كافية ، ولو كانت حيازة لم تدم إلا يوما واحدا أو أقل كما سبق القول[٤].

---

(١) أنظر فى استرداد الحيازة من الغير ولو كانت حيازة على سبيل التسامح أو كانت مرخصاً فيها من جهة إدارية : نقض مدنى ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٧ ص ٢٥١ – شبين الكوم الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٦٧ ص ١٤٨ – استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٥١ ص ٢٩٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ – ص ٢١٧ – نقض فرنسى ٤ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٤٧٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ – ص ٢١٧ – نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥–١–٨٢–٢٠ أغسطس سنة ١٨٩١ داللوز ٩١–١–٣٥١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ – وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد ، فلا يشترط توافر نية التملك عند واضع اليد ولا وضع يده مدة سنة سابقة على التعرض ، ويصح رفعها ممن ينوب عن غيره فى الحيازة ، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة اتصالا فعلياً قائماً فى حالة وقوع الغصب (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص ٦٢) – وانظر مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة رقم ٩٧ ص ١١٧ – نقض فرنسى سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢–١ – ٧٩٠ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١١ .

٣٢٠ — المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة : والمدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة هو الشخص الذى ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة (violence) أو بالغصب (voie de fait) علنا أو خفية [١] . فيشترط إذن أن يكون العمل الذى صدر من المدعى عليه : (١) هو عمل عدوانى (acte agressif) . وقد يكون هذا العمل العدوانى من الأعمال التى تعتبر جريمة فى القانون الجنائى ، ولكن ليس من الضرورى أن يكون كذلك ، فيكفى أن يكون عملا غير مشروع من الناحية المدنية . والمهم أن يكون اعتداء إيجابيا يقع على حيازة الحائز ، ويكون من شأنه أن يعكر السلام ويخل بالأمن العام ويبرر حق الدفاع الشرعى. فالمدعى عليه ، فى إتيانه لهذا العمل ، يكون فى موقف من يأخذ حقه بيده دون أن يلجأ إلى القضاء [٢] . وهذا هو المحور الذى تدور عليه دعوى استرداد الحيازة ، فهى جزاء حق على هذا العمل العدوانى بقدر ما هى حماية فعالة للحائز فى حيازته . وليس يلزم أن يكون العمل العدوانى منطويا على القوة والعنف وإن كان هذا هو الغالب ، بل يكفى أن يستولى المعتدى على العقار غصبا وقهرا ، أو خلسة دون علم الحائز ، بحيث يقوم عقبة أمام الحائز فى حيازته لا يستطيع تخطيها إلا إذا التجأ إلى العنف [٣] (٢) ويجب أن يكون

---

(١) وقد قضى بأن النصب فى دعوى استرداد الحيازة يكفى فيه توجيهه إلى العقار ذاته ، دون حاجة إلى أن يكون الحائز محل اعتداء ، فالاستيلاء خلسة يقوم مقام النصب (أسيوط الكلية ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧٣ ص ١١٩) . وقضى بأنه يجوز أيضاً أن يكون الاغتصاب مبنياً على أفعال الغش والتدليس وبغير رضاء من اغتصب منه العقار (نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٨) . وإذا أدخل إنسان آخر فى عقار تحت حيازته تسامحاً ، وكان هذا الأخير يبطن نية اغتصابه ، فلا يعتبر بدء وقوع الاغتصاب إلا من يوم وضوح هذه النية ، وكذلك إذا كان الاغتصاب خفية فلا تبدأ السنة المحددة لرفع الدعوى إلا من يوم ظهورها للعيان (بنى سويف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦٧ ص ٢٦٨) . وقضى بأن تعتبر دعوى استرداد الحيازة مقبولة إذا كانت ناشئة عن نزع اليد ، بموجب حكم قضائى ، متى كان هذا الحكم غير ملزم قانوناً لحائز العقار ، حتى لو كان الحكم صادرا لمجرد تنفيذ حكم بتعيين حارس قضائى على العين (استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢٠٦ ص ٢٩٩) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٧ – مازو فقرة ١٤٦٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦١ – ٢٢ أكتوبر ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٩ رقم ١٦٧ – ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٤ – ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٢ – ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١ ص ٦٢ . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ .

هذا العمل العدوانى قد وقع فى العقار ذاته الذى هو فى حيازة الحائز ، أما إذا وقع فى عقار المعتدى فان ذلك لا يكفى لرفع دعوى استرداد الحيازة ، وإن كان يكفى لرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة (١) .

(٣) ويجب أخيرا أن يكون هذا العمل العدوانى قد انتهى إلى انتزاع الحيازة من الحائز ، بحيث لا يصبح فى مكنة الحائز أن يستعيد هذه الحيازة دون أن يقف هذا العمل أمامه عقبة تحول دون ذلك(٢) .

وليس يلزم أن يكون المدعى عليه الذى ارتكب هذا العمل العدوانى سيء النية ، فقد يكون معتقدا بحسن نية ، بل قد يكون على حق فى اعتقاده ، بأن العقار الذى انتزع حيازته هو عقار مملوك له . ولكنه مع ذلك يكون قد أخطأ فى تعمده أن يأخذ حقه بيده بدلا من أن يلجأ إلى القضاء ، ومن ثم يكون انتزاعه الحيازة عملا عدوانيا يوجب قبل كل أمر آخر أن ترد الحيازة إلى الحائز (spoliatus ante amnia resitiuendus). ثم ينظر بعد ذلك ، بالوسائل التى قررها القانون ، — من الخصمين له الحق فى ملكية العقار ، أو له الحق فى حيازته(٣) .

ولا يجوز للمدعى رفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان مرتبطا مع المدعى عليه بعقد وكان انتزاع الحيازة يدخل فى نطاق هذا العقد ، فالواجب فى هذه

---

(١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٥ – نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠ – ١ – ٤٢٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضاً . وهى بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمهما المدعى عليه ويرى المدعى أن له حق ارتفاق عليهما ، إذا كانت المسقى أو المصرف اللذان هما محل الارتفاق مقطوعاً بأنهما فى يد المدعى عليه (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٨٠ ص ١١٦٧) .

وانظر نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ – ١ – ٢٨٣ – ٤ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٤٧٥ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٢ – ص ٢٤٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٨) .

(٣) قرب أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٤ – ص ٢٤٥ – وتنص المادة ١١٥٠ / ٣ مدنى عراقى على ما يأتى : « وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً ، وطالب الطرف الآخر باعادة يده السابقة ، حكم باعادة يده وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته » (أنظر آنفاً ص ٩١٢ هامش ١) .

الحالة أن يلجأ المدعي إلى دعوى العقد ، لا إلى دعوى استرداد الحيازة ، لإلزام المدعى عليه بمراعاة شروط العقد(١) .

وإذا انتقلت حيازة العقار المغتصب من المغتصب إلى الغير ، سواء كان الغير خلفا عاما كالوارث أو خلفا خاصا كالمشترى ، فان خلف المغتصب الذى انتقلت إليه الحيازة يكون هو المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة(٢). ويستطيع المدعى أن يسترد منه حيازة العقار بهذه الدعوى، حتى لو كان الخلف حسن النية لا يعلم أن سلفه قد اغتصب حيازة العقار. وتنص المادة ٩٦٠ صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا(٣) : « للحائز أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشىء المغتصب منه ، ولو كان هذا الأخير حسن النية » . أما فى فرنسا فدعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية محضة لا ترفع إلا على مغتصب الحيازة نفسه ، ولا ترفع على الغير الذى انتقلت إليه الحيازة المغتصبة إلا إذا كان شريكا للمغتصب أو كان سىء النية يعلم أن الحيازة التى انتقلت إليه حيازة مغتصبة (٤) ، ومن ذلك نرى أن دعوى استرداد الحيازة فى مصر تنطوى على شىء من العينية ، فهى إلى أنها جزاء على الاغتصاب فى ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة ، فيجوز عن طريقها للحائز أن يسترد حيازته ، لا من المغتصب فحسب ، بل أيضا من الغير الذى نقل إليه المغتصب الحيازة ولو كان هذا الغير حسن النية .

٣٢١ — المدة التى ترفع فى خلالها دعوى استرداد الحيازة : تنص المادة ١/٩٥٨ مدنى ، كما رأينا(٥) ، على أن « لحائز العقار ، إذا فقد الحيازة ،

---

(١) نقض فرنسى أول فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دى باليه ١٧ مارس سنة ١٩٢٢ ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٤٨٩ — ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ — ١ — ١٤٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٩ ص ٢١٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ١٦٣ — فقرة ١٦٧ — وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض ما يلى فقرة ٣٣٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٠٣ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٩ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه . فاذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك » . فيجب إذن أن ترفع دعوى استرداد الحيازة فى خلال سنة واحدة تسرى من وقت انتزاع الحيازة من الحائز إذا كان هذا الانتزاع بالقوة أو بالغصب علانية ، إذ يكون الحائز عالماً فى هذه الحالة بوقت انتزاع الحيازة منه . أما إذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة دون أن يعلم به الحائز وقت وقوعه ، فان السنة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى استرداد الحيازة تسرى من وقت أن ينكشف ذلك ، أى من وقت أن يعلم الحائز بانتزاع الحيازة منه[1] .

ومدة السنة هذه مدة سقوط (délai de dèchéance) لامدة تقادم (délai de prescription) ، فاذا لم ترفع دعوى استرداد الحيازة فى خلالها لم يجز رفعها بعد انقضاء السنة ، والدعوى التى ترفع بعد انقضاء هذه المدة لا يجوز قبولها . ولما كانت مدة السنة مدة سقوط ، فانه يترتب على ذلك أنها تسرى على غير كاملى الأهلية من قاصر ومحجور عليه وعلى الغائبين . ويترتب على ذلك أيضا أنها لا توقف ، ولا تنقطع . وهذا هو الرأى المعمول به فى فرنسا ، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قضت فى بعض أحكامها بأن مدة السنة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعاوى الحيازة هى مدة تقادم لا مدة سقوط ، فيرد عليها الوقف والانقطاع[2] .

(١) والمدعى هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه رفع دعواه فى مدة السنة (نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ – ١ – ١٨٣ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩) . فاذا لم يرفع المدعى دعوى استرداد الحيازة فى مدة السنة ، بقى منتزع الحيازة مستبقياً إياها ، فأصبح هو نفسه حائزاً تحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة لأنها استمرت سنة كاملة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «دعوى استرداد الحيازة ، ويستطيع الحائز أن يسترد بها حيازته ممن اغتصبها . ويشترط أن ترفع الدعوى فى السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً ، أو لكشف انتزاعها خلسة . وترفع ضد من انتزع الحيازة ، أو من خلفه ولو كان حسن النية . على أن الحائز الذى يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل ، فان لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت منه ، فان كان لم يستردها فى خلال السنة ، كان من انتزع الحيازة هو الحائز وهو الذى تحمى حيازته لأنها بقيت سنة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٠ – ١ – ٤٢٤ – ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ – ١ – ٤١٧ – ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٩ – ١ – ١٧٨ – وانظر مارتى ورينو فقرة ٢١٢ أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٥٦ .

٣٢٢ — ما يحكم به دعوى استرداد الحيازة – أحوال أربع : أما الذى يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحيازة ، إذا توافرت شروطها على النحو الذى بسطناه ، فيختلف باختلاف الأحوال . وهناك أحوال أربع يجب ، فى هذا الصدد ، تمييزها بعضها عن بعض : (الحالة الأولى) إذا كان المدعى الذى إنتزعت منه الحيازة قد دامت حيازته مدة لا تقل عن سنة . (الحالة الثانية) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن المدعى فقد الحيازة بالقوة (violence) . (الحالة الثالثة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة (بل فقدها غصبا أو خلسة) ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل . (الحالة الرابعة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل .

٣٢٣ — الحالة الأولى – حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة : ويلاحظ فى هذه الحالة أن المدعى كان يستطيع رفع دعوى منع التعرض ، لأن حيازته دامت مدة لا تقل عن سنة . وإنما لجأ إلى دعوى استرداد الحيازة لأن الاعتداء على حيازته لم يقتصر على مجرد التعرض لها ، بل انتهى إلى إنتزاعها منه عنفا أو غصبا أو اختلاسا ، فليس له بد من رفع دعوى استرداد الحيازة .

فاذا ما رفعها قضى له برد حيازته إليه ، وباعادة العقار إلى أصله إن كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغييرا . فان كان قد أقام فيه بناء جديدا قضى بهدمه ، أو هدم بناء كان موجودا قضى باعادته[1] . ويستطيع القاضى أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية ، ليحمله على تنفيذ ما قضى عليه به . كذلك يحكم القاضى بتعويض على المدعى عليه عما سببه من أضرار للمدعى بسبب التعدى على حيازته ، وذلك طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية[2] .

---

(١) وذلك ما لم يكن المدعى عليه هو جهة الإدارة ، وقامت هذه الجهة بأشغال عامة travaux publics فى العقار ، فلا يجوز القضاء بهدم هذه الأشغال أو باعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ولا ولاية للقضاء فى ذلك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠ – وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض ما يلى فقرة ٣٣٢) .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠ .

والحكم الذى يصدر برد الحيازة إلى المدعى ، فى الحالة التى نحن بصددها ، يرد الحيازة إليه وكأنها لم تنقطع مدة انتزاعها منه . والمفروض أن المدعى قد دامت حيازته قبل انتزاعها مدة لا تقل عن سنة ، فعند ما ترد إليه الحيازة تعتبر هذه الحيازة دائمة لم تنقطع ، فتكون قد دامت أكثر من سنة . وعلى ذلك يستطيع دفع الاعتداء عنها بجميع دعاوى الحيازة ، لأنها دامت سنة بل أكثر كما سبق القول . ومن ثم يستطيع أن يرفع دعوى استرداد الحيازة من جديد فيما إذا انتزعت منه الحيازة مرة أخرى .

٣٢٤ — الحالة الثانية - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن الحيازة انتزعت بالقوة : فى هذه الحالة لا يكون للمدعى دعوى منع التعرض لو وقع اعتداء على حيازته دون أن تنتزع منه هذه الحيازة ، لأن الحيازة لم تدم سنة كاملة وشرط دعوى منع التعرض أن تدوم الحيازة هذه المدة كما سنرى .

ولكن المفروض فى هذه الحالة أن الحيازة قد انتزعت من المدعى بالقوة (viobnce) ، لذلك يكون له رفع دعوى استرداد الحيازة بالرغم من أن حيازته لم تدم سنة كاملة ، لأنه لا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة قد دامت هذه المدة . وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا جزاء على انتزاع الحيازة بالقوة ، أى دعوى مسئولية تقصيرية أكثر منها دعوى لحماية الحيازة . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا[1] ، فى هذا الصدد على ما يأتى : « أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى » .

وعلى ذلك يقضى للمدعى برد حيازته إليه ، وباعادة العقار إلى أصله ، وبالغرامة التهديدية ، شأن المدعى فى هذه الحالة شأنه فى الحالة الأولى . ويقضى له كذلك بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب انتزاع حيازته منه ، ويلاحظ هنا بوجه خاص استعمال المدعى عليه للقوة فى إنتزاع الحيازة .

والحكم الذى يصدر برد الحيازة فى هذه الحالة يقتصر على رد الحيازة المادية إلى المدعى موقتا ، دون أن يحسم النزاع فيمن له حق الحيازة القانونية . فيجوز للمدعى عليه ، بعد أن يرد الحيازة للمدعى ، أن يعود فيرفع هو دعوى

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

استرداد الحيازة على المدعى ، إذا استطاع رفعها فى الميعاد القانونى وأثبت أن المدعى كان قد سبق له أن انتزع منه الحيازة . فاذا نجح فى دعواه واسترد الحيازة ، كان له أيضا أن يرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا توافرت شروط أى دعوى منها (١) .

٣٢٥ — *الحالة الثالثة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل* : فى هذه الحالة الثالثة لم تدم حيازة المدعى سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، حتى يحق له رفع دعوى استرداد الحيازة كما كان يفعل فى الحالتين الأولى والثانية . ولكن القانون يعطيه مع ذلك حق رفع دعوى استرداد الحيازة ، لأن المدعى عليه الذى انتزع منه الحيازة لا يستند هو نفسه إلى حيازة أحق بالتفضيل .

وهنا تعمد الفقرة الأولى للمادة ٩٥٩ مدنى إلى وضع قواعد للمفاضلة بين حيازة وأخرى ، وهى قواعد تشبه القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى لإثبات حق الملكية ، إذ هى مثلها تميز بين صور ثلاث : صورة ما إذا وجد سند قانونى عند كل من الخصمين ، وصورة ما إذا لم يوجد سند قانونى عند أى من الخصمين ، وصورة ما إذا وجد سند قانونى عند أحد الخصمين دون الآخر . وقد سبق بسط هذه القواعد فيما يتعلق باثبات حق الملكية (٢) ، والآن نعرض لنظائرها فيما يتعلق بالمفاضلة بين حيازة وأخرى . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا (٣) ، على أنه « إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل . والحيازة الأحق بالتفضيل هى التى تقوم على سند قانونى . فاذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ » . ويستخلص من النص سالف الذكر أنه إذا أريدت المفاضلة بين حيازتين ، وجب التمييز بين الصور الآتية : (١) إذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى ، كأن يتمسك

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠ .
(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ – فقرة ٣٨٠ .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

المدعى بسند بيع صادر له من شخص فى حين أن المدعى عليه يتمسك بسند بيع صادر له من شخص آخر ، فضلت الحيازة الأسبق فى التاريخ سواء كان سندها سابقا على سند الحيازة الأخرى أولا حتما له . (٢) إذا لم تقم أى من الحيازتين على سند قانونى ، فان الحيازة الأسبق فى التاريخ هى التى تفضل هنا أيضا . (٣) إذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانونى ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل ، فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أولا حقه لها .

ونطبق هذه القواعد فى الحالة الثالثة التى نحن بصددها . فاذا كان المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالتفضيل من حيازة المدعى ، فلم يثبت أن حيازته تقوم على سند قانونى فى حين أن حيازة المدعى لا تقوم على سند مقابل ، أو لم يثبت أن حيازته أسبق فى التاريخ فى حين أن كلا من الحيازتين يقوم على سند قانونى أولا يقوم أى منهما على هذا السند ، كسب المدعى الدعوى ، وقضى برد الحيازة إليه ، وباعادة العقار إلى أصله ، وبالغرامة التهديدية ، وبالتعويض ، كما هو الأمر فى الحالتين الأولى والثانية . وإذا ردت الحيازة إلى المدعى ، بقيت مستقرة عنده لأن المدعى عليه لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالتفضيل . وإذا أراد المدعى عليه أن يسترد العقار من المدعى ، لم يكن أمامه لاسترداده إلا أن يرفع دعوى الملكيه على المدعى لأن هذا هو الحائز . فيصبح المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة مدعيا فى دعوى الملكية ، ويحمل عبء إثبات حق ملكيته للعقار .

٣٢٦ — *الحالة الرابعة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل* : فى هذه الحالة الرابعة لم تدم حيازة المدعى سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، فليس له أن يسترد حيازته لأحد هذين السببين. ثم إن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل . فيفضل عليه ، ولا يستطيع المدعى أن يسترد منه الحيازة . وهذه الحالة الرابعة هى الحالة الوحيدة بين الحالات الأربع التى فيها لا يستطيع المدعى أن يسترد الحيازة ، بالرغم من أن الحيازة قد انتزعت منه غصبا أو خلسة ، ما دامت

لم تنتزع منه بالقوة ، وما دامت حيازة المدعى عليه أحق بالتفضيل[1] .

ويحمل المدعى عليه عبء إثبات أن حيازته أحق بالتفضيل . وعليه أن يثبت ، إذا قام كل من الحيازتين على سند قانونى أو لم يقم أى منهما على هذا السند ، أن حيازته أسبق فى التاريخ من حيازة المدعى . وكذلك تكون حيازته أحق بالتفضيل ، إذا هو أثبت أنها تقوم على سند قانونى ، ولم يثبت المدعى أن حيازته تقوم هى أيضا على سند قانونى .

فاذا أثبت المدعى عليه أن حيازته أحق بالتفضيل على الوجه سالف الذكر ، لم يقض برد الحيازة إلى المدعى ، وبقى المدعى عليه مستقرا فى الحيازة التى انتزعها لأنها حيازة أحق بالتفضيل كما سبق القول . وإذا أراد المدعى أن يسترد العقار ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى الملكية بعد أن أخفق فى دعوى استرداد الحيازة . وفى دعوى الملكية يبقى المدعى عليه وقد استقر فى حيازته هو المدعى عليه كما كان فى دعوى استرداد الحيازة ، ويقع عبء إثبات الملكية على المدعى . فاذا استطاع أن يثبت ملكيته استرد العقار بالرغم من أن حيازة المدعى عليه أحق بالتفضيل ، وإذا لم يستطع إثبات ملكيته بقى العقار فى يد المدعى عليه بعد أن أثبت أن حيازته أحق بالتفضيل .

٣٢٧ — التكييف القانونى لدعوى استرداد الحيازة : ودعوى استرداد الحيازة فى القانون المصرى ، على النحو الذى قدمناه ، هى دعوى تتراوح بين أن تكون دعوى وضعت جزاء لعمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة فهى دعوى من دعاوى المسئولية ، وبين أن تكون دعوى وضعت لحماية الحيازة فهى دعوى من دعاوى الحيازة . وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، فدعوى استرداد الحيازة فى هذا القانون أقرب إلى أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة ، من أن تكون دعوى عينية من دعاوى الحيازة وضعت لحماية الحيازة فى ذاتها[2]

---

(١) ولا يعرف القانون الفرنسى هذه الحالة ، بل إنه يقضى برد الحيازة إلى المدعى متى أثبت أن حيازته انتزعت منه ولو بغير القوة ، ولو خلسة ، دون أن يفاضل بين حيازة المدعى وحيازة المدعى عليه كما يفاضل التقنين المصرى فيما رأيناه .

(٢) أنظر فى التكييف القانونى لدعوى استرداد الحيازة فى القانون الفرنسى : أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٦ ص ٢١٤– ٢١٥ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٣٠٥ – مازو وفقرة ١٤٦٦ – فقرة ١٤٦٧ – مارتى ورينو فقرة ٢١٦ – أنسيكلوبيدى داللوز لفظ action possessoire فقرة

أما أن دعوى استرداد الحيازة فى القانون المصرى تشارك دعاوى المسئولية، فان هذا يظهر فى نواح متعددة : (١) فهى ترد الحيازة حتى للحائز العرضى الذى لا يحوز لحساب نفسه بل يحوز لحساب غيره ، فيكفى أن يكون للشخص مجرد سيطرة مادية على الشىء . فاذا انتزعت منه هذه السيطرة كان هذا عملا غير مشروع جزاؤه رد هذه السيطرة لمن كانت له من قبل عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٢) وكذلك الحال فيما لو قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص إدارى يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ، فاننا لا نكون بصدد حيازة بالمعنى الصحيح بل بصدد مجرد سيطرة مادية . ومع ذلك إذا انتزعت هذه السيطرة من صاحبها ، كان هذا أيضا عملا غير مشروع ، وجاز أن ترد هذه السيطرة إلى من كانت له من قبل ، عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٣) وإذا اكتمل للحيازة عنصراها فأصبحت حيازة قانونية، ولكنها لم تستقر استقرارا كافيا بأن لم تدم مدة سنة كاملة، فان انتزاعها بالقوة يعتبر كذلك عملا غير مشروع ، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا أيضا جزاء على القوة التى إستعملت فى نزع الحيازة . ورد الحيازة إلى صاحبها فى هذا الفرض أقرب إلى أن يكون جزاء على عمل غير مشروع هو القوة التى استعملت ، من أن يكون حماية لحيازة لم تستقر ولم تدم مدة كافية .

وأما أن دعوى استرداد الحيازة فى القانون المصرى تشارك دعاوى الحيازة، فان هذا أيضا يظهر فى نواح متعددة : (١) فان الحيازة إذا انتزعت بغير القوة لا ترد إلا إذا كانت قد دامت سنة كاملة ، أى كانت حيازة مستقرة دامت مدة كافية . فالدعوى هنا أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمى الحيازة المستقرة، من أن تكون جزاء على المسئولية . (٢) ولا ترد الحيازة إذا انتزعت بغير القوة ، ولو لم تدم سنة كاملة ، من الشخص الذى انتزعها وكانت له حيازة أحق بالتفضيل من حيازة المدعى . فهذا معناه أننا نفاضل بين حيازة وحيازة ، ونحمى الحيازة الأحق بالتفضيل . فالدعوى على هذا النحو أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمى الحيازة الأحق بالتفضيل ، من أن تكون جزاء على المسئولية . (٣) ويجوز رفع الدعوى على من انتقلت إليه حيازة العقار المغتصب من مغتصب الحيازة ، ولو كان الأول

حسن النية (م ٩٦٠ مدنى) . وقد قدمنا فى هذا الصدد أن دعوى استرداد الحيازة فى مصر تنطوى على شىء من العينية ، فهى إلى أنها جزاء على الاغتصاب فى ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة ، فيجوز عن طريقها للحائز أن يسترد حيازته من الغير ولو كان هذا الغير حسن النية[1] .

§ ٢ – دعوى منع التعرض

(La complainte)

٣٢٨ – نص قانونى : تنص المادة ٩٦١ مدنى على ما يأتى :

« من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض فى حيازته ، جاز أن يدفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض[2] » .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق[3] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٦٥ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٥٤ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[4] .

---

(١) أنظر آنفاً ص ٩١٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٦ – ص ٤٧٧) .

(٣) ولكن أنظر م٢٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ونصها : «ويحكم (القاضى الجزئى) أيضاً فى الدعاوى الآتى بيانها ويكون حكمه انتهائياً : . . . . (ثالثا) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة فى وضع اليد على العقار المبينة على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى » .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السورى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لامقابل – ولكن أنظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٣ و م ٤٨ – ٤٩ (سبق ذكرها آنفاً ص ٩١٢ هامش١) و م ٥١ : إن دعوى التعرض تستلزم إقامتها وجود واضع يد كان منذ سنة على الأقل متصرفاً بنفسه أو بواسطة سلفائه تصرفاً جامعاً للأوصاف المبينة فى المادة السابقة . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المصرى) .

وهذا النص يعرض لدعوى منع التعرض ، وهى دعوى الحيازة الرئيسية ، إذ هى تحمى الحيازة فى ذاتها وهى الحيازة الأصيلة دون الحيازة العرضية . ولذلك تتميز عن دعوى استرداد الحيازة ، فقد رأينا أن هذه الدعوى الأخيرة تحمى الحيازة العرضية كما تحمى الحيازة الأصيلة ، وأنها تتراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة. أما دعوى منع التعرض التى نحن بصددها فلا تحمى إلا الحيازة الأصيلة وبشرط أن تستقر مدة سنة كاملة على الأقل ، ولذلك تتمحض دعوى حيازة ، بل هى دعوى الحيازة المثلى .

ونبحث فى شأنها ، كما بحثنا فى شأن دعوى استرداد الحيازة ، المسائل الآتية : (١) المدعى فى دعوى منع التعرض . (٢) المدعى عليه فى هذه الدعوى. (٣) المدة التى ترفع الدعوى فى خلالها . (٤) ما يحكم به القاضى فى هذه الدعوى .

٣٢٩ — *المدعى فى دعوى منع التعرض* : المدعى فى دعوى منع التعرض هو الحائز للعقار . ويجب عليه أن يثبت هنا ، كما رأينا أنه يجب عليه أن يثبت فى دعوى استرداد الحيازة (١) ، أنه وقت أن وقع التعرض له كان حائزا للعقار (٢) حيازة خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة (٣)

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣١٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة على الشيوع ، فللحائز على الشيوع أن يرفع دعاوى وضع اليد على شركائه الذين ينكرون عليه حقه فى الانتفاع بمظاهر مادية تخالف حقوق الشركاء فى الشيوع (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٦ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٩ — ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٠ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٨ — ٢٤ نوفبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٧) — وانظر استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٥٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا غصب شخص أطياناً وحكم عليه برد حيازتها ، فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية ضده إلى وقت تنفيذ الحكم الذى صدر عليه لا تعتبر حيازة هادئة . فلا يصح التمسك بها فى دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذى حصل له تعرض جديد من الغاصب ، والذى توافرت فى وضع يده الشروط القانونية (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٨٧ رقم ٩).

غير غامضة(١) .

ويجب عليه أيضاً أن يثبت، خلافاً لما قررناه فى دعوى استرداد الحيازة(٢) أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، أى أنه يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . فلا يجوز ، إذا وقع تعرض على حق الملكية ، أن يدفعه بدعوى منع التعرض من لم يكن حائزاً لحق الملكية لحساب نفسه . وعلى ذلك لا يجوز أن يرفع دعوى منع التعرض ، فى هذه الحالة ، صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو المرتهن رهن حيازة أو المستأجر . فهؤلاء جميعاً حائزون عرضيون بالنسبة إلى حق الملكية ، لأنهم إنما يحوزون هذا الحق لحساب غيرهم وهو المالك(٣) . والذى يرفع دعوى منع التعرض فى هذه الحالة هو المالك الذى يعتبر حائزاً لحق الملكية لحساب نفسه(٤) ، ويباشر السيطرة المادية على العقار بواسطة هؤلاء . وإنما يجوز لكل من صاحب حق الانتفاع(٥) وصاحب حق الارتفاق والمرتهن رهن حيازة والمستأجر أن يرفع دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذى يباشر استعماله لحساب نفسه ، فهو أصيل فى حيازته ويحوزه لحساب نفسه لا لحساب المالك(٦) .

وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت، فان الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة . فلا يجوز للحائز ، فى هاتين

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٩ – ص ٢٢٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١ ص ٢٠٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع يد المستحق فى ريع العقار الموقوف لا يبيح له رفع دعوى منع التعرض ، لأن وضع يده فى هذه الحالة لا يقترن بنية التملك (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٠٦) .

(٤) ويجوز للشريك فى الشيوع وحده أن يرفع دعوى منع التعرض ضد الغير دون حاجة إلى تدخل شركائه فى الشيوع معه فى الدعوى ، بل له أن يرفع هذه الدعوى ضد شركائه أنفسهم إذا تعرضوا لحيازته فى الشيوع بأعمال تتعارض مع هذه الحيازة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٦) .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٧ .

(٦) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٦ – ص ٢١٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١ .

الحالتين ، أن يرفع دعوى منع التعرض على المالك نفسه أو جهة الإدارة نفسها إذا تعرض أحد منهما لحيازته (١) . وفيما عدا هاتين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى منع التعرض ، فيستطيع الحائز ، إذا تعرض له في حيازته غير المالك أو غير جهة الإدارة ، أن يدفع هذا التعرض بدعوى منع التعرض . فالعرضية التي ترجع إلى قيام الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة عرضية نسبية لا مطلقة ، ولا يتمسك بها إلا المالك المتسامح أو جهة الإدارة المرخصة (٢) كما سبق القول .

ولا يشترط لرفع دعوى منع التعرض ، كما لا يشترط لرفع دعوى استرداد الحيازة (٣) ، أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز رفع دعوى منع التعرض حتى لو كان سيء النية .

وكما تتميز دعوى منع التعرض عن دعوى استرداد الحيازة في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضيه على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، كذلك تتميز الدعوى الأولى عن الدعوى الثانية في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة مستقرة ، أي حيازة دامت مستمرة علنية هادئة غير غامضة مدة سنة كاملة على الأقل . وشرط دوام

---

(١) وقد رفضت محكمة النقض دعوى منع التعرض لحيازة قامت على أعمال التسامح إذا رفعت الدعوى من الحائز على المالك المتسامح ، فقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، وهو بسبيل تحقيق توافر شرائط وضع اليد ، قد استخلص من الأدلة التي ساقها أن ترك مطلات منزل الطاعنة على العقار المبيع المطعون عليه كان من قبيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن فيه أي اعتداء على ملكه ، وبذلك نفى نية التملك عن وضع يد الطاعنه وهو ركن أساسي من أركان دعوى منع التعرض ، فإن في هذا وحده ما يكفي لإقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض (نقض مدني ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٩) .

وقد رأينا أنه ، على خلاف دعوى منع التعرض ، يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة حتى في هاتين الحالتين ، أي ضد المالك المتسامح وجهة الإدارة المرخصة ، لأن دعوى استرداد الحيازة لا تتطلب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة ، بل يكفي لجواز رفعها قيام حيازة عرضية (انظر آنفاً فقرة ٣١٩) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١ ص ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

الحيازة سنة كاملة شرط مقرر بصريح النص ، فقد رأينا (١) أن المادة ٩٦١ مدنى تنص على أن « من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة . . . »(٢) . وقد قدمنا أن هذا الشرط يقطع فى أن دعوى منع التعرض تتمحض دعوى من دعاوى الحيازة . فهى تحمى الحيازة المستقرة التى تكون قد دامت وقتا كافيا قدر بسنة كاملة (٣) . وقد نقل التقنين المدنى المصرى هذا الشرط عن القانون الفرنسى . ونقله هذا القانون بدوره عن تقاليد القانون الفرنسى القديم ، وكانت هذه تقضى بأن تكون الحيازة قد دامت سنة ويوما . فأصبحت سنة واحدة فى القانون الفرنسى (٤) . والمهم أن تكون الحيازة ، وقت وقوع التعرض ، قائمة وأن تكون قد دامت سنة كاملة على الأقل منذ أن بدأت إلى وقت وقوع التعرض . ويكفى أن يثبت المدعى أنه قد حاز العقار قبل وقوع التعرض بسنة وأنه يحوزه فعلا وقت وقوع التعرض ، حتى يفترض أنه استمر حائزا له فى الفترة ما بين الزمنين ما لم يثبت المدعى عليه عكس ذلك ، وذلك تطبيقا لنص المادة ٩٧٦ مدنى إذ تقول : « إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فان ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على العكس » (٥) . فالمدعى هو الذى يحمل عبء

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : «دعوى منع التعرض : وهذه لاتعطى إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة ، وترفع فى خلال سنة من بدء التعرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢١ هامش ٣٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٩ – مازو فقرة ١٤٦٣ ص ١١٧٦ – مارتى ورينو فقرة ٢١٤ ص ٢٢٢ .

(٥) أنظر مايلى فقرة ٣٨٥ – وليس من الضرورى أن تكون الأعمال المادية التى يباشرها الحائز حيازته قد وقع بعضها فى خلال السنة السابقة على وقوع التعرض ، فقد قدمنا أن هذه الأعمال تتوقف على طبيعة الشىء ، فهناك أشياء تقتضى طبيعتها ألا تستعمل إلا فى أوقات تتخللها فترات طويلة ، فاذا انقطع الحائز عن استعمالها فى غير هذه الأوقات لم يعتبر انقطاعه هذا تخلياً منه عن الحيازة (أنظر آنفاً فقرة ٢٧٥ – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢١ ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢) .

إثبات أن حيازته قد دامت سنة كاملة على الوجه المتقدم الذكر (١) . وله في حساب السنة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفاً عاماً لهذا السلف (٢) أو كان خلفاً خاصاً (٣) .

٣٣٠ — المدعى عليه في دعوى منع التعرض : والمدعى عليه في دعوى منع التعرض هو الشخص الذي يتعرض للمدعى في حيازته . والتعرض الصادر من المدعى عليه إما أن يكون تعرضاً مادياً (trouble de fait) ، أو تعرضاً قائماً على تصرف قانوني (trouble de droit) . وقد ينجم التعرض عن أشغال عامة (travaux publics) ، أو عن أشغال خاصة (travaux privés) رخصت فيها جهة الإدارة . وفي جميع الأحوال لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه . والأصل أن دعوى منع التعرض ترفع ضد المدعى عليه نفسه الذي صدر منه التعرض ، وقد ترفع مع ذلك ضد الغير ولو كان حسن النية . فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٣١ — تحديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه : يعتبر تعدياً يبيح رفع دعوى منع التعرض كل عمل مادي أو كل تصرف قانوني يتضمن ، بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، ادعاء يعارض به المدعى عليه حيازة المدعى (٤) . فدخول المدعى عليه في أرض يحوزها المدعى من غير

---

(١) والحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت بالأوراق ، فلا على المحكمة إذا هي أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق وكلفت المدعى إثبات وضع يده الذي ينكره عليه خصمه ، ولو كان بيده محضر تسليم رسمي في تاريخ سابق (نقض مدني ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

(٣) انظر آنفاً ص ٨٩٣ هامش ٤ – أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ وفقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠ –

(٤) نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ٤٥١ – ١١ يناير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٠ – ١ – ٣١٨ – أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٣ .

إذنه[١] يعتبر تعرضا ، بل قد يصل التعرض فى هذه الحالة إلى حد إخراج المدعى من الأرض وسلبه حيازتها (dépossession) ويبقى الأمر مع ذلك فى نطاق دعوى منع التعرض ، لا فى نطاق دعوى استرداد الحيازة التى تقتضى سلب الحيازة بالقوة أو بالغصب أو خفية [٢] كما سبق القول . وإقامة المدعى عليه حائطا أو بناء فى أرضه يسد به مطلا لجاره ، أو يمنع به النور والهواء عنه ، يعتبر تعرضا . ورعى المدعى عليه مواشيه فى أرض جاره دون إذن منه ، ومروره فيها مدعيا أن له عليها حق ارتفاق بالمرور ، ودخوله دارا يحوزها المدعى متمسكا بأنه استأجر هذه الدار من مالكها أو أن له عليها حق انتفاع : كل هذه أعمال تعتبر تعرضا للمدعى فى حيازته ، وتبيح لهذا الأخير رفع دعوى منع التعرض .

ويكفى أن يعارض المدعى عليه حق المدعى فى الحيازة ليكون هناك تعرض

---

(١) أما إذا كان باذن فلا يعتبر تعرضاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر الحكم أن التعرض لم يبدأ بوضع المتعرض « جبيرة » فى أرض النزاع باذن صاحب الأرض لأن هذا لا يعتبر تعرضاً لحقه بل هو تأييد لهذا الحق إذ حصل شغل أرضه برضاه ، وإنما يبدأ التعرض حينما يظهر شاغل الأرض أو غيره بحق يتعارض مع حقه فى حيازته للأرض ، فان هذا الذى أورده الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٦ نوفبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ – ١٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٧ – ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٤ – ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٨ – ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٨ – ٢٠ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٦٤ – ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٤ – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٨ – وقد قضى بأنه يجوز رفع دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة فى وقت واحد ، وبأنه يجوز لمن رفع دعوى التعرض أن يحولها إلى دعوى استرداد الحيازة دون أن يعد ذلك طلباً جديداً (نقض فرنسى ٤ أغسطس سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٧ – ١ – ٦٦) . وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض فى مصر ، فقد قضت بأنه لا تثريب على المحكمة فى أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة ، تحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها . ذلك أنه لا تنافر ولا تعارض بين الدعويين ، لأن أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية . والغرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١٢٤ ورقم ١٢٥) .

واقع من المدعى عليه (١) . فلا يشترط : (١) أن يكون التعرض قد ألحق ضررا بالمدعى . فليس يلزم أن يكون كل تعرض صدر من المدعى عليه قد أحدث ضررا للمدعى ، كما ليس يلزم أن يعتبر العمل الصادر من المدعى عليه تعرضا لمجرد أنه أحدث ضررا للمدعى . وفى هذه الحالة الأخيرة ، إذا كان العمل قد أحدث ضررا للمدعى دون أن يتضمن ادعاء يعارض حيازته ، لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض . وإنما يكون للمدعى أن يرفع دعوى التعويض (٢) . (٢) أو أن يكون التعرض غير قائم على أساس حق ثابت للمدعى عليه . فحتى لو كان المدعى عليه يستند فى تعرضه إلى حق ثابت له ، فانه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض ، لأن قاضى الحيازة لا شأن له بموضوع الحق . ودعوى منع التعرض إنما تحمى الحيازة فى ذاتها متى كانت ثابتة ، بصرف النظر عما إذا كان للحائز حق يستند إليه فى حيازته أو ليس له هذا الحق (٣) . (٣) أو أن يكون المدعى عليه سيء النية . فحتى لو كان المدعى عليه حسن النية فى تعرضه ، وكان بالرغم من أنه ليس له حق يستند إليه فى تعرضه يعتقد بحسن نية أن له هذا الحق ، فانه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض . ذلك بأن دعوى منع التعرض إنما تحمى الحيازة فى ذاتها متى كانت ثابتة كما قدمنا ، بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سيء النية أو حسن النية (٤) . (٤) أو أن تكون أعمال التعرض قد وقعت رأسا فى العقار الذى يحوزه المدعى . فقد تقع

---

(١) واستفادة النزاع فى وضع اليد من التشكيات والمعارضات الحاصلة من مدعى الملكية هى من المسائل الموضوعية المتروكة لمطلق تقدير قاضى الموضوع ، ولا هيمنة عليه لمحكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥١) .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣ ٢ – ص ٢٢٤ وص ٢٢٣ هامش ٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ – نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ – ١ – ٤٨١ – ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ٤٥٠ – ٢١ فبراير سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ – ٢٣٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ – نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت دى باليه ٩ يوليه سنة ١٩٢٥ .

(٤) أوبرى ورو فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ .

هذه الأعمال فى عقار يحوزه المدعى عليه ، أو فى عقار يحوزه الغير[١] .

(٥) أو أن تكون أعمال التعرض قد اقترنت بالعنف أو ارتكبت علنا . فقد تكون هذه الأعمال لم تقترن بأى عنف أو تكون قد ارتكبت خلسة وفى خفية عن المدعى ، وتبقى مع ذلك تعرضا يجوز دفعه بدعوى منع التعرض[٢] .

٣٣٢ — التعرض المادى والتعرض القائم على تصرف قانونى :

والتعرض الصادر من المدعى عليه ، على النحو الذى بسطناه ، إما أن يكون تعرضا ماديا أو تعرضا قائما على تصرف قانونى .

فالتعرض المادى هو عمل مادى من أعمال التعدى يقع على حيازة المدعى. وقد قدمنا كثيرا من الأمثلة على التعدى المادى ، فاقامة المدعى عليه حائطا أو بناء فى أرضه يسد به مطلا لجاره ، ورعى المدعى عليه مواشيه فى أرض جاره دون إذن منه ، ومروره فيها مدعيا أن له حق إرتفاق بالمرور ، كل هذه أعمال تعتبر تعرضا ماديا للمدعى فى حيازته . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان هناك تعرض مادى ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض[٣] .

أما التعرض القائم على تصرف قانونى ، فيقوم على تصرف يصدر من المدعى عليه يعلن به نيته فى معارضته لحيازة المدعى . وقد يصدر هذا التصرف

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ – نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دى باليه ١٩٣٧ – ١ – ٧٢١ – ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥ – ١ – ٤٥ – ٣١ يناير سنة ١٩٥٠ جازيت دى باليه ١٩٥٠ – ١ – ٢٢٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦ ص ٢٠٤ – نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ٤٥٠ – ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ٨٨ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٥ – ١ – ٢٣٩ – وإذا كان هناك ممر بين عدة شركاء ، فأقام أحدهم حوائط حول عقاره من شأنها تضييق الممر إلى حد كبير ، كان هذا تعرضاً مادياً لباقى الشركاء (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٨٢) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢ (إقامة السلم جميعه بعمده الأربعة داخل الممر) . وإذا أقام صاحب أرض محاذية لضفة النهر أعمالا فى الضفة الغرض منها ، ليس فحسب حماية ضفته ، بل أيضاً تحويل التيار إلى الضفة المقابلة ، كان هذا تعرضاً مادياً لصاحب الأرض المحاذى لهذه الضفة الأخيرة (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٢٩ سيريه ٣٠ – ١ – ٣٢ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ هامش ٢٣) .

خارج مجلس القضاء . كما إذا أنذر المدعى عليه مستأجرا بدفع الأجرة له هو لا للمؤجر فيكون هذا تعرضا لحيازة المؤجر بعين المؤجرة ، وكما إذا أنذر المدعى عليه المدعى ألا يقيم بناء فى الأرض التى يحوزها هذا الأخير فيكون هذا تعرضا لحيازة المدعى للأرض . ويعتبر كذلك تعرضا قائما على تصرف قانونى صادر خارج مجلس القضاء تحرير محضر من جهة الإدارة لحائز العقار فيما يختص بأعمال حيازته لهذا العقار ، وصدور قرار إدارى باعتبار طريق يحوزه المدعى طريقا عاما . وقد يقع التعرض عن طريق نزاع فى الحيازة يرفع أمام القضاء ، كرفع دعوى أو تقديم طلبات فى دعوى يعارض فيها المدعى عليه حيازة المدعى . وكذلك يعد تعرضا تنفيذ حكم على شخص لم يكن طرفا فى الخصومة (١) .

٣٣٣ — التعرض الناجم عن الأشغال العامة : وقد ينجم عن قيام الإدارة بأشغال عامة (travanx publis) تعرض لحيازة الأفراد ، فاذا كانت

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يحمى وضع اليد من كل تعرض له ، ويستوى فى ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضاً من المتعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضع اليد خصماً فيه ، إذ الأحكام لاحجية لها إلا على الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها ، لافرق فى هذا بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٧) . وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٨ – وقضت أيضاً محكمة النقض بأن كل مايوجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حقه يصلح لأن يكون أساساً لرفع دعوى منع التعرض ، حتى لولم يكن هناك غصب . وإذن فمتى كان الطاعن قد تدخل فى الدعوى التى أقامها المطعون عليه الثانى على المطعون عليه الثالث مدعياً أن له حقاً على الأرض محل النزاع فى مواجهه المطعون عليه الأول الذى تدخل أيضاً فى تلك الدعوى ، فإن هذا الإدعاء من الطاعن يعتبر تعرضاً للمطعون عليه الأول يجيز له رفع منع التعرض (نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١ رقم ١١٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر تعرضاً قائماً على تصرف قانونى موجباً لدعوى منع التعرض الإنذار المعلن إلى من يدعى ملكية حائط وضع يده عليه ، وقد نبه من أعلن الإنذار واضع اليد على الحائط بعدم إجراء أى تعديل فى حالته بدعوى أنه حائط مشترك بين الطرفين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٦٢٣ص ١٢٤٩) . وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ – ص ٢٠٣ وفقرة ١٨٧ ص ٢٢٨ – ص ٢٢٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦ – أنسيكلوبيدى داللوز لفظ ١ (action possessoire) فقرة ٨١ – فقرة ٩١ .

هذه الأشغال العامة تنتهى إلى نزع ملكية الأفراد ، كليا أو جزئيا ، دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيازة المدنى مختصا باثبات قيام الحيازة إذا كانت متنازعا فيها ، وله كذلك أن يأمر بعدم المضى فى القيام بالأشغال العامة (١) . ولكن ليس له أن يأمر بهدم هذه الأشغال أو باعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٢) .

أما إذا كانت الأشغال العامة تؤدى بطريق غير مباشر إلى نزع الملكية ، كما إذا كان القانون يبيح استيلاء الإدارة على أملاك الأفراد استيلاء نهائيا دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيازة المدنى مختصا بتقرير حيازة المدعى وأنها دامت لمدة سنة ، لأن هذا يكون أساسا يستند إليه فى طلب التعويض المستحق له (٣) . ولكن لا يجوز لقاضى الحيازة أن يأمر بهدم الأشغال لأن فى هذا تعطيلا لتنفيذ قرار إدارى (٤) ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٥) .

٣٣٤ — التعرض الناشىء عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة :

أما إذا نجم التعرض عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة ، كما إذا أدار شخص

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٣ – ٢ – ١٨٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التعرض المستند إلى أمر إدارى اقتضته مصلحة عامة لايصلح أساساً لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض ، وذلك لما يترتب حتماً على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه ، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية . ولايكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لرفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ الأمر الإدارى أو إلغائه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٥٤ ص ١٧٦٣) . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ – مجلس الدولة الفرنسى ٩ مارس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ – ٢ – ٢٨٥ – نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٩ سيريه ٩٩ – ١ – ٣٦٧ .

(٣) نقض فرنسى (دوائر مجتمعة) ١٠ يوليه سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ – ١ – ٦٢٨ – نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٣ – ١ – ٣١٢ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٦ – ص ٢٣٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ – أنسيكلوبيدى داللوز لفظ (action possessoire) فقرة ٢٢٤ – فقرة ٢٢٨ – نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦ – ١ – ٢٥٨ .

محلا مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا بعد أن حصل على رخصة فى إدارته من جهة الإدارة ، فان التعرض فى هذه الحالة تسرى عليه القواعد العامة . فيختص القضاء العادى لا القضاء الإدارى بنظره ، ويجوز الأمر بمنع التعرض وبازالة الأعمال التى تمت ونجم عنها التعرض . ولا يمنع من ذلك صدور ترخيص إدارى فى القيام بهذه الأعمال ، فان هذا الترخيص لا يعنى أكثر من أن الأعمال المرخص فيها لا تتعارض مع مصلحة عامة ، مع حفظ حقوق الأفراد فيما إذا أصابهم ضرر من جراء هذه الأعمال (salvo juri tertii) . وعلى ذلك يستطيع أى شخص يقع تعرض لحيازته ينجم عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة أن يرفع دعوى منع التعرض على صاحب هذه الأشغال أمام القضاء العادى ، ويجوز لهذا القضاء أن يأمر بازالة ما تم من الأعمال ونجم عنه التعرض وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه [1] .

كذلك إذا نجم التعرض عن أشغال قامت بها الدولة (أو شخص معنوى عام) فى الأموال الخاصة التى تملكها (domaine privé) ، جاز لمن وقع التعرض لحيازته أن يرفع دعوى منع التعرض أمام القضاء العادى ، وأن يحصل على حكم بازالة ما تم من أعمال نجم عنها التعرض ، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه [2] .

٣٣٥ — عدم جواز الالتجاء الدعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه : ولا يجوز رفع دعوى منع التعرض بغرض تنفيذ عقد يربط ما بين المدعي والمدعى عليه ، فاذا كان التعرض ناجما عن عدم تنفيذ عقد كان على المدعى أن يطلب تنفيذ العقد بدعوى العقد لا بدعوى منع التعرض [3] . وعلى ذلك إذا أتى الراهن رهن حيازة عملا ينقص من قيمة

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ وص ٢٣٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ – نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ٤١ – ١٩ يوليه سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢ – ١ – ٣٤٠ – ٩ يونيه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ – ١ – ١٠٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ – نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ١٩٤ .

(٣) نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ – ١ – ١٨٨ – أول فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ٦٤ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ – ٢ – ٧٨٥ – ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ – ١ – ١٤٧ .

الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، فليس للدائن المرتهن أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض لإلزام الراهن بعدم الإخلال بعقد رهن الحيازة ، بل يلجأ إلى دعوى عقد رهن الحيازة ذاته لإلزام الراهن بتنفيذ العقد . وتنص المادة ١١٠١ مدنى فى هذا الصدد على أن « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون » . كذلك إذا حال المؤجر دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، مخلا فى ذلك بشروط عقد الإيجار ، فان سبيل المستأجر إلى الزام المؤجر بتنفيذ العقد ليس هو رفع دعوى منع التعرض ، بل رفع الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الإيجار(١) .

ولو جاز رفع دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد ، لكان من جراء ذلك أن يتعرض قاضى الحيازة المرفوع أمامه دعوى منع التعرض إلى موضوع الحق الناشيء عن العقد لإلزام المدعى عليه بعدم الإخلال به ، ولترتب على ذلك الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى موضوع الحق ، وسنرى فيما يأتى أنه لا يجوز الجمع بين الدعويين(٢) .

٣٣٦ — رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير : وغنى عن البيان أن المدعى عليه فى دعوى منع التعرض هو المتعرض نفسه ، أى

---

(١) نقض فرنسى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ٢ — ٧٨٥ .

(٢) أنظر مايلى فقرة ٣٤٨ وما بعدها — وانظر فيما يتعلق بعدم جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة لتنفيذ عقد آنفاً فقرة ٣٢٠ — وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٧ — أنسيكلو بيدى داللوز ١ لفظ action possessoire — وقارن نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١ رقم ١١٧ .

وعلى ذلك لايجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض إذا قطعت شركة الكهرباء أو الغاز عن المشترك الكهرباء أو الغاز ، لوجود عقد بين الشركة والمشترك هو الذى يحكم العلاقة فيما بين الطرفين (نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ — ١ — ١٨٨ — أول فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ٦٤) .

الشخص الذى صدرت منه أعمال التعرض . ويحل محل المتعرض خلفه العام ، أى ورثته ، فتوجه إليهم الدعوى بعد موت المتعرض (١) .

ولا يحول دون أن يكون المتعرض هو المدعى عليه أن يكون فى تعرضه قد عمل لصالح الغير أو بأمر منه . كما إذا كان التعرض قد صدر من المستأجر أو الوكيل بأمر من المؤجر أو من الموكل أو لصالحه (٢) . وليس للمستأجر أو الوكيل أن يطلب إخراجه من دعوى منع التعرض بحجة أنه إنما عمل بأمر من المؤجر أو من الموكل ، بل يبقى خصما فى الدعوى وله أن يدخل المؤجر أو الموكل فيها ضامنا .

وإذا كان المطلوب فى دعوى منع التعرض تخلية العقار أو إعادة الحالة إلى أصلها ، فان الدعوى يمكن أن ترفع على الغير الذى انتقل إليه العقار ، ولو كان هذا الغير حسن النية لا علم له بالتعرض . فيطالبه المدعى بالتخلية أو باعادة الحالة إلى أصلها كما كان يطالب المتعرض نفسه . ولكن لا يطالبه بتعويض عن الضرر الذى أصابه إلا إذا أثبت أنه سىء النية . وإذا كانت دعوى استرداد الحيازة يمكن أن ترفع على الغير ولو كان حسن النية (٣) ، فأولى أن يكون هذا صحيحا بالنسبة إلى دعوى منع التعرض التى هى أكثر عينية (٤) .

٣٣٧ — المدة التى ترفع فى خلالها دعوى منع التعرض : وقد رأينا (٥) أن المادة ٩٦١ مدنى تقضى بأن « من وقع له تعرض فى حيازته ، جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض » . فدعوى منع التعرض يجب أن ترفع فى خلال سنة من وقت وقوع التعرض . وإذا كان التعرض أعمالا متعاقبة ، سرت مدة السنة من وقت أول عمل من هذه الأعمال يظهر فيه

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣ – نقض فرنسى ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١٠ – ١ – ٤٩٨ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٩١٨ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ – ص ٢١٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨

بوضوح أنه يتضمن تعرضا لحيازة المدعى[١] . وقد تكون أعمال التعرض المتعاقبة مستقلة بعضها عن بعض بحيث يعتبر كل عمل منها تعرضا قائما بذاته ، فتتعدد دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال ، وتسرى مدة السنة بالنسبة إلى كل دعوى منها من وقت وقوع العمل الذى أنشأها ، فتسرى هذه المدة بالنسبة إلى آخر دعوى من وقت وقوع آخر عمل من أعمال التعرض المستقلة[٢]. وإذا كان التعرض مبنيا على تصرف قانونى ، سرت السنة من وقت وقوع التصرف الذى اعتبر تعرضا[٣] . وإذا كان التعرض عملا قام به المدعى عليه فى ملكه هو ، فلا تسرى السنة فى دعوى منع التعرض إلا من الوقت الذى يتقدم فيه هذا العمل حتى يصبح تعرضا واقعا على حيازة المدعى[٤] .

ومدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع[٥] . وقد سبق بيان ذلك عندالكلام

---

(١) نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ – ١ – ٥٠١ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دىباليه ١٩٣٠–١–٣٠٤–٩ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦–٢٩٤ .

(٢) قربه أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٠ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٨ – نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ١٣١ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٠ – أما إذا كانت الدعوى التى يرفعها المدعى فى هذه الحالة هى دعوى وقف الأعمال الجديدة لادعوى منع التعرض ، فإن السنة تسرى ، كما سيأتى ، من وقت البدء بهذه الأعمال . فإذا فات المدعى رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة فى خلال هذه المدة ، كان له أن يرفع دعوى منع التعرض فى خلال سنة من وقت تقدم الأعمال حتى تصبح تعرضاً واقعاً (أوبرى ورد فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤) .

(٥) ومع ذلك قضت محكة النقض بأن مدة السنة المشترطة فى المادة ٢٦ مرافعات (قديم) على مضيها على الفعل الصادر من المدعى عليه هى مدة تقادم خاص ، تسرى عليه قواعد الانقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١١٨). وبنت على ذلك أنه إذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً إزالة اليد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة السد ، فان هذا الطلب إذ يعتبر بمبناه ومعناه طلباً بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولوحكمت المحكة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمةغير مختصة يقطع المدة . والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضى الأمور المستعجلة لايقطع التقادم لأنه لايؤدى إلا إلى إجراءات وقتية بقصد تأييد الحق فيما بعد فلايستنتج منه معنى الطلب الواقع فعلا للمحكة بالحق المراد اقتضاؤه – هذا الدفع لامحل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضى طلباً خاصاً بموضوع منع التعرض (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٢) . وانظر أيضاً فى معنى أن مدة السنة مدة تقادم يرد عليها الوقف والانقطاع استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٢ .

فى مدة السنة التى ترفع فى خلالها دعوى استرداد الحيازة . فنحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك [١] .

٣٣٨ — ما تحكم فى دعوى منع التعرض : إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض على الوجه الذى أسلفناه ، حكم للمدعى وهو الحائز للعقار ببقائه فى حيازته (la maintenue possessoire) ومنع التعرض له فى هذه الحيازة [٢] . وقد يقتضى ذلك الحكم بإزالة أعمال قد تمت ، وبهدم بناء قد أقيم أو إقامة بناء قد هدم ، وبإعادة الشيء إلى أصله [٣] . ويستوى فى ذلك أن تكون أعمال التعرض قد تمت فى عقار المدعى ، أو فى عقار المدعى عليه ، أو فى عقار الغير [٤] . على أنه لا يجوز للقضاء العادى ، كما قدمنا [٥] أن يحكم بإزالة أشغال عامة أقامتها جهة الإدارة ، إذا كان هذا الحكم ينطوى على إلغاء قرار إدارى أو تعطيل تنفيذه .

ويحكم قاضى الحيازة بمنع التعرض على الوجه سالف الذكر ، حتى وكان هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المتعرض سيفوز فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . ذلك لأن قاضى الحيازة لا شأن له بالملكية ، ولا يجوز الجمع بين الحيازة والملكية كما سنرى [٦] . ومع ذلك يجوز لقاضى الحيازة ، فى هذه الحالة ، أن يمنح المدعى عليه أجلا يوقف فيه تنفيذ حكم الإزالة أو إعادة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٢) ولا يجوز للمحكمة أن ترفض دعوى منع التعرض حتى لو ثبت لها أن أعمال التعرض قد انقطعت قبل رفع الدعوى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣١ – ص ٢٣٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن ولاية قاضى الحيازة فى دعوى منع التعرض ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه ، باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٥ ص ٢٩٦) . وانظر نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٨ جازيت دى باليه ١٩٤٨ – ٢ – ٦٩ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ – ص ٢٣٦ – نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ – ١ – ١١٥ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٣ .

(٦) أنظر ما يلى فقرة ٣٤٨ وما بعدها .

الشيء إلى أصله ، بشرط أن يرفع المدعى عليه دعوى موضوع الحق أو دعوى الملكية فى خلال هذا الأجل [١] .

ويجوز لقاضى الحيازة أن يحكم بغرامة تهديدية (astreintes) على المدعى عليه ، لإجباره على تنفيذ الحكم بإخلاء العقار أو بالإزالة أو بإعادة الشيء إلى أصله [٢]

ويجوز لقاضى الحيازة أيضا أن يحكم على المدعى عليه بتعويض الضرر الذى أصاب المدعى من جراء أعمال التعرض التى صدرت من المدعى عليه ، ولو كان ذلك بناء على طلب إضافى يقدمه المدعى فى دعوى منع التعرض . ولا يغير طلب التعويض من طبيعة دعوى منع التعرض فى أنها دعوى من دعاوى الحيازة ، حتى لو قرر المدعى عليه أنه لا ينازع فى حيازة المدعى [٣]

وإذا ادعى المدعى عليه المتعرض ، فى دعوى فرعية ، أنه هو الحائز للعقار وقدم أدلة على ذلك ، نظر القاضى فيما إذا كانت حيازة المدعى عليه لا تتعارض مع حيازة المدعى ، وفى هذه الحالة حكم لكل منهما باستبقائه لحيازته وعدم تعرض الخصم الآخر له فى هذه الحيازة . أما إذا تعارضت

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بمنع تعرض المدعى عليه فى الطريق موضوع النزاع ، وكذلك بإزالة البناء الذى أقامه فيه المدعى عليه إذا لم يرفع فى خلال أجل معين دعوى بملكيته للطريق ونفى حق ارتفاق المرور عليه للمدعى ، فإن هذا الحكم لا يجعل تنفيذ الإزالة مرهوناً بنتيجة الفصل فى دعوى الحق ، بل يجعله مرهوناً بأمر آخر منقطع الصلة بتلك النتيجة وهو قيام المدعى عليه برفع الدعوى بالحق فى خلال أجل معين ، وليس فى هذا القضاء مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات . ذلك أنه وإن كانت ولاية قاضى الحيازة فى دعوى منع التعرض تتسع لإزالة الأعمال المادية التى يجريها المدعى عليه باعتبار أن قضاءه فى هذه الحالة هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض ، إلا أن له فى هذا الخصوص أن يقدر موجبات الإزالة ، فيقضى بها أو يقرن قضاءه فى خصوصها بأجل يحدده للمدعى عليه ليرفع فى خلاله الدعوى بالحق (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٩٤١) – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤ – نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٨٧٩ سيرية ٨٠ – ١ – ٢٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤ – نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٣ – ١ – ٣٤١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٤ – نقض فرنسى ٩ يونيه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ – ١ – ١١٦ – ١٩ أكتوبر سنة ١٨٨٧ سيريه – ١ – ٢١١ .

الحيازتان ، فان القاضي يفاضل فيما بينهما . ويقضي لمن كانت حيازته أفضل على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم[١] . فاذا تعادلت الحيازتان ، ولم يكن هناك وجه لتفضيل إحداهما على الأخرى جاز للقاضي أن يحكم ببقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين . ويجوز له أيضا ، إذا لم ير بقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين ، أن يحكم بأن يلجأ الخصمان إلى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . وقد يقيم في هذه الحالة الأخيرة حارسا على العقار المتنازع على حيازته ، أو يقيم أحد الخصمين حارسا على العقار على أن يقدم حسابا عن غلته عند الاقتضاء ، فيكون لهذا الخصم حراسة موقتة مقترنة بالتزام بتقديم حساب عن الغلة[٢] .

§ ٣ — دعوى وقف الأعمال الجديدة

(La dénonciation de nouvel oeuvre)

٣٣٩ — نص قانوني : تنص المادة ٩٦٢ مدني على ما يأتي :

« ١ — من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ، وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال ، بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر » .

« ٢ — وللقاضي أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشيء من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحا للضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي لمصلحته »[٣] .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٣٢٥ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٧ — ص ٤٨٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق [1] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٦٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٥٥ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل [2] .

وهذا النص يعرض لدعوى وقف الأعمال الجديدة ، وهى الدعوى الثالثة والأخيرة من دعاوى الحيازة . وهى تتميز عن دعوى استرداد الحيازة بأن الحيازة فيها لا تنتزع من الحائز ، وعن دعوى منع التعرض بأن الأعمال التى تصدر فيها من المدعى عليه ليست بأعمال تعرض قد وقع فعلا ، بل هى أعمال تكون تعرضا لو أنها تمت [3] . ونبحث فى شأنها ، كما بحثنا فى شأن دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ، المسائل الآتية : (١) المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة . (٢) المدعى عليه فى هذه الدعوى . (٣) المدة التى ترفع الدعوى فى خلالها . (٤) ما يحكم به القاضى فى هذه الدعوى .

٣٤٠ – المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة . إحالة : المدعى فى هذه الدعوى هو نفس المدعى فى دعوى منع التعرض . فهو الحائز للعقار ،

---

(١) ولكن أنظر م ٢٦ فقرة/٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ونصها : «ويحكم (القاضى الجزئى) أيضاً فى الدعاوى الآتى بيانها ويكون حكمه انتهائياً : . . . . (ثالثاً) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة فى وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى» .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السورى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن أنظر المواد ١٣ و ٤٨ – ٤٩ و ٥١ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى : آنفاً ص ٩١٢ هامش ١ وص ٩٢٦ هامش ٤) .

(٣) فدعوى وقف الأعمال الجديدة هى إذن دعوى مستقلة من دعاوى الحيازة ، وقد أفرد لها التقنين المدنى المصرى نصاً مستقلا ، واعتبرها القضاء الفرنسى دعوى مستقلة (نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ – ١ – ٢٩٧ – ٧ أبريل سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥ – ١ – ٣٨١ – ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ – ١ – ٦٥) – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٢٧ هامش ٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٥) .

ويجب عليه أن يثبت أن حيازته خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (١) . ويجب أن يثبت كذلك أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، أى أنه يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة ، وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط أن يكون الحائز حسن النية . ويشترط أن تكون حيازة المدعى قد دامت سنة كاملة على الأقل ، وتنص على ذلك صراحة المادة ٩٦٢ / ١ مدنى كما رأينا (٢) إذ تقول : « من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة . . . » . وللمدعى ، فى حساب السنة ، أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفا عاما أو خلفا خاصا .

وجميع ما بسطناه فى شأن المدعى فى دعوى منع التعرض ينطبق على المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (٣) .

٣٤١ - المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة : والمدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الشخص الذى يبدأ أعمالا لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضا وقع فعلا على حيازة المدعى ، ولكن هناك من الأسباب المعقولة مايدعو إلى الاعتقاد بأن هذه الأعمال لو تمت لكانت تعرضا كاملا لحيازة المدعى . ففى حين أن دعوى منع التعرض تحمى الحيازة من تعرض حال وقع فعلا كما رأينا ، إذا بدعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة من تعرض مستقبل على خطر الوقوع . مثل ذلك أن يبدأ شخص بناء حائط فى حدود أرضه أو إقامة بناء ، لو أنه مضى فيه إلى نهايته لسد النور والهواء على جاره أو لسد مطلا لجاره ، ولنجم عن ذلك تعرض لحيازة الجار للعقار المجاور أو للمطل . فالمدعى عليه ، وهو لا يزال آخذا فى بناء الحائط أو إقامة

---

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩ .

البناء ، لم يسد بعد النور والهواء أو المطل على جاره . ومن ثم لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض ، لأن التعرض لما يقع . ولكن يكون هناك محل لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فيصدر قاضى الحيازة حكما بوقف بناء الحائط أو بوقف إقامة البناء إلى أن يفصل فى دعوى موضوع الحق [١] .

ويشترط فى الأعمال التى يجب طلب وقفها بدعوى وقف الأعمال الجديدة أمران :

(الأمر الأول) أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم . وذلك لأنها لو تمت لوقع التعرض فعلا ، ولكان الواجب فى هذه الحالة ليس رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، بل رفع دعوى منع التعرض . على أنه يجب أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت هذه الأعمال ، لنجم عنها تعرض فعلى لحيازة المدعى . وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، ويستعين فى ذلك بالمعاينة ، وقد يستعين برأى الخبراء . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦٢ مدنى ، كما رأينا [٢] ، صراحة على هذا الشرط إذ تقضى بأن الحائز للعقار إذا « خشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال ، بشرط ألا تكون قد تمت . . . » .

(والأمر الثانى) أن تكون هذه الأعمال التى بدأها المدعى عليه قد وقعت فى عقاره هو ، لا فى عقار المدعى ولا فى عقار الغير . وهذا الشرط يستخلص من طبائع الأشياء ، لأن الأعمال لو بدأت فى عقار المدعى لكان التعرض حالا لا مستقبلا ، ولو بدأت فى عقار الغير لكان التعرض لحيازة هذا الغير قد وقع هو أيضا حالا لا مستقبلا ، ولوجب فى الحالتين رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة [٣] . بقى أن يكون الغير راضيا بهذه الأعمال أو متواطئا مع المدعى عليه فى شأنها ، وفى هذه الحالة يكون الغير شريكا للمدعى عليه ، ويستوى إذن أن تبدأ الأعمال فى عقار المدعى عليه أو فى عقاره هو .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وموضوع الدعوى ليس هو تعرضاً تم ، بل أعمالا لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة ، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٣٨

٣٤٢ - المدة التي ترفع في خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة : وقد رأينا (١) أن المادة ١/٩٦٢ مدنى تقضى بأن يرفع المدعى دعوى وقف الأعمال الجديدة « بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم ينقض عام على البدء فى العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر » . فدعوى وقف الأعمال الجديدة يجب أن ترفع أولا قبل الانتهاء من الأعمال الجديدة ، لأن هذه الأعمال لو تمت لوقع التعرض فعلا ولوجب رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة كما سبق القول (٢) . ويجب أن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ثانيا فى خلال سنة من وقت البدء بهذه الأعمال (٣) .

وتسرى السنة من وقت البدء بالأعمال الجديدة كما قدمنا ، فلو كانت أعمالا متعاقبة سرت المدة من وقت البدء فى أول عمل منها فلو انقضت السنة دون أن ترفع الدعوى ، ورفعت بعد ذلك لم تكن مقبولة ، حتى لو كانت الأعمال الجديدة لم تتم . ويجب فى هذه الحالة على المدعى أن يتربص حتى تتم هذه الأعمال ويقع التعرض فعلا على حيازته ، وعندئذ يكون له أن يرفع دعوى منع التعرض فى خلال سنة من وقت وقوع التعرض أى من وقت تمام الأعمال الجديدة (٤) .

ومدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم ومن ثم تسرى على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع ، وقد سبق بيان ذلك بالنسبة إلى دعوى استرداد الحيازة (٥) ، وبالنسبة إلى دعوى منع التعرض (٦) .

٣٤٣ - ما يحكم به فى دعوى وقف الأعمال الجديدة : والذى يحكم به القاضى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، ليس هو إزالة الأعمال الجديدة

---

(١) أنظر فقرة ٣٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٤١ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «فيرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذى بدأ ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم ، فان تم العمل كانت الدعوى التى ترفع هى دعوى منع التعرض» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٤) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٧ .

التي بدىء بها كما كان يحكم بذلك لو أن الدعوى كانت دعوى منع التعرض ، بل وقف هذه الأعمال دون إزالتها (١) . وتقضي المادة ١/٩٦٢ مدنى بذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول إن للمدعى « أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال . . . » .

ولا تخلو الحال من أحد أمرين :

(١) فاما أن يرى قاضي الحيازة أن المدعى على حق فى دعواه ، ويقدر أن هناك أسبابا معقولة يخشى معها أن يكون هناك تعرض فعلى لحيازة المدعى لو تمت الأعمال الجديدة . فعند ذلك يحكم القاضي بوقف الأعمال وعدم الاستمرار ، إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفى هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى الذى حكم لمصلحته بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى عليه الذى قضى عليه بوقف الأعمال التي بدأها. فاذا ما قضى بحكم نهائى ، فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، أن المدعى عليه كان هو المحق ، وأن اعتراض المدعى على استمرار الأعمال الجديدة كان على غير أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة ، جاز أن يحكم على المدعى بتعويض لإصلاح الضرر الذى أصاب المدعى عليه من جراء وقف الأعمال التي بدأها . وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى بناء على حكم قاضي الحيازة ضمانا لهذا التعويض .

(٢) أو أن يرى قاضي الحيازة أن المدعى ليس على حق فى دعواه لأن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة لم تتوافر ، فيقضى برفض الدعوى ، ومن ثم يستمر المدعى عليه فى الأعمال الجديدة التي بدأها إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفى هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى عليه المحكوم لصالحه بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى الذى حكم برفض دعواه . فاذا ما قضى بحكم نهائى ، فى دعوى الملكية أو دعوى

---

(١) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٩ – والقضاء بوقف الأعمال الجديدة هو قضاء مؤقت ، فللمدعى عليه أن يمضى فيها إذا قضى لمصلحته فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٣٩ – نقض فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٣٨٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٢٩ .

موضوع الحق ، أن المدعى كان هو المحق وأن اعتراضه على مضى المدعى عليه فى الأعمال الجديدة كان على أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة ، جاز أن يحكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها . وعندئذ تكون الكفالة التى قدمها المدعى عليه بناء على حكم قاضى الحيازة ضماناً لهذه الإزالة .

وهذا هو الذى قضت به صراحة الفقرة الثانية من المادة ٩٦٢ مدنى ، فهى تنص ، كما رأينا (١) على ما يأتى : « وللقاضى أن يمنع استمرار هذه الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها ، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشىء من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى لمصلحته » (٢) .

ويخلص مما تقدم أن هناك فروقاً ثلاثة بين دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرض : (١) فى دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ الأعمال فى عقار المدعى عليه ، أما فى دعوى منع التعرض فقد تكون فى عقار المدعى عليه أو فى عقار المدعى أو فى عقار الغير . (٢) فى دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ هذه الأعمال دون أن تتم ودون أن يقع تعرض فعلى ، أما فى دعوى منع التعرض فتتم هذه الأعمال ويقع تعرض فعلى . (٣) فى دعوى وقف الأعمال الجديدة يقضى بوقف الأعمال الجديدة دون إزالتها ، أما فى دعوى منع التعرض فيجوز أن يقضى . بإزالة هذه الأعمال (٣) .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت فى الميعاد ، كان للقاضى حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها بكفالة فى الحالتين . فتكون الكفالة فى الحالة الأولى لضمان التعويض فيما إذا تبين فى دعوى الموضوع أن الأعمال التى وقفت كان ينبغى أن تستمر ، وفى الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التى أذن فى استمرارها كان ينبغى أن توقف » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩ – ص ٤٨٠) .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ – وقد تتحول دعوى وقف الأعمال الجديدة إلى دعوى منع تعرض ، إذا تضمنت الأعمال الجديدة تهديداً خطيراً بأن يقع التعرض –

المطلب الثانى
العلاقة بين الحيازة والملكية

٣٤٤ – مسألتان : فى العلاقة ما بين الحيازة والملكية ، نقابل ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، ثم نتكلم فى العلاقة ما بين الحائز والمالك فيما يختص باسترداد الحائز للمصروفات وبمسئوليته عن الهلاك فيما لو ظهر أن الحائز غير مالك .

§ ١ – دعوى الحيازة ودعوى الملكية

٣٤٥ – التقابل ما بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية : بسطنا فيما تقدم دعاوى الحيازة الثلاث ، وإلى جانب دعاوى الحيازة (actions possessoires) توجد دعاوى الملكية (actions pétitoires) . والفرق بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن دعوى الحيازة لاتحمى إلا الحيازة فى ذاتها ولا شأن لها بالملكية أى بموضوع الحق ، أما دعوى الملكية فعلى العكس من ذلك تحمى الملكية أى موضوع الحق ولا شأن لها بالحيازة إلا حيث تكون الحيازة سببا لكسب الملكية. وقد قدمنا أن دعاوى الحيازة الثلاث يقابلها دعاوى ملكية ثلاث : فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هى دعوى الاستحقاق ، ويقابل

= فعلا لو تمت هذه الأعمال ، وعند ذلك يجوز للقاضى أن يأمر بازالة الأعمال الجديدة لا بوقفها فحسب على اعتبار أن هذا التهديد الخطير قد حول الدعوى إلى دعوى منع تعرض يجوز الحكم فيها بالإزالة (بازو فقرة ١٤٦٤ – أنسيكلو بيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ١١٧ – فقرة ١٢٣ – نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ – ١ – ٢٩٦) .

وتختلف دعوى وقف الأعمال الجديدة عن الطلب المستعجل . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن دعوى وقف الأعمال الجديدة تعد من دعاوى وضع اليد على عقار أو حق عينى عقارى ، وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها ، ويقتضى الفصل فيها ثبوت الحيازة القانونية ، وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحمايتها . وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستعجل الذى يرفع إلى قاضى الأمور المستعجلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هذا الأساس ، إذ مناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقتى ، يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لايمكن تداركه أو يخشى استفحاله إذا مافات عليه الوقت . والحكم الذى يصدره القاضى المستعجل فى هذا الشأن هو قضاء باجراء وقتى لايمس أصل الحق (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠ ص ١٤٧) .

دعوى منع التعرض فى الحيازة دعوى منع التعرض فى الملكية ، ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الحيازة ، دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الملكية . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا بعدد دعاوى الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « لمالك الشيء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض ، وإذا خشى تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه »[1] . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « اكتفاء بالقواعد العامة »[2] .

وقد سبق أن قررنا فى صدد دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية ما يأتى : « ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى إلا أن يثبت المدعى حيازته مستوفية لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشيء ، وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة إلى دعاوى الحيازة ليحمى بها حيازته . ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قدمنا ، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ، ويتحمل هو دون الحائز عبء إثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق القول . ومن ثم حلت دعاوى الحيازة فى العمل محل دعاوى الملكية ، وأغنت عنها فى كثير من الأحوال »[3] .

٣٤٦ - إثبات الحيازة - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٣ مدنى على ما يأتى :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ فى الهامش - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هى دعاوى الملكية التى وضعت على غرار دعاوى الحيازة ، ولكن هذه أكثر استعمالا لسهولتها . فللمالك أن يسترد ملكه من أى يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطلب منع تعرض الغير لملكه ، وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضاً . ولكنه فى هذه الدعاوى الثلاث يطالب بإثبات حق ملكيته . وأهم هذه الدعاوى وأكثرها انتشاراً هى دعوى الاستحقاق . والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه فى هذه الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ فى الهامش .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٢٧٠ ص ٥٩٨ .

« إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة موقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيازة ، وهى تتكون من عنصرين عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد ، يكفى فى إثباتها مبدئيا إثبات العنصر الأول وهو عنصر الحيازة المادية . ولما كانت الحيازة المادية هى واقعة مادية ، فانه يجوز لمن يتمسك بأنه حائز لحق معين أن يثبت هذه الحيازة بجميع طرق الإثبات. ويدخل فى ذلك البينة ، فيجوز للقاضى أن يحيل الدعوى على التحقيق ، ليثبت من يدعى الحيازة حيازته بالبينة . ويجوز أيضا أن يقبل القاضى طريقا آخر للإثبات غير البينة ، فيستخلص من وقائع الدعوى والأوراق والمعاينة ثبوت الحيازة المادية أو عدم ثبوتها . وعلى مدعى الحيازة أن يثبت أيضا خلوها من العيوب ، وأنها حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) . فاذا ظهر أنها حيازة معيبة ، كأن ثبت أن الحائز قد حصل عليها بالإكراه أو فى خفاء ، فانها لا تصلح أن تكون قرينة على وجود الحيازة القانونية .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شىء واحد ، اعتبر حائزاً بصفة موقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معيبة» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣٨ فى المشروع النهائى بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٣ ، بعد استبدال كلمة «حق» بكلمة «شىء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨١ – ص ٤٨٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لامقابل .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ – ص ٢٠٢ – وانظر ، فيما إذا تنازع شخصان حيازة حق ، فى قواعد المفاضلة ما بين الحيازتين المقررة فى المادة ٩٥٩/١ مدنى وتنص على أن « الحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى ، فاذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت مستنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ » . وقد سبق بسط هذه القواعد (أنظر فقرة ٣٢٥) .

أما إذا أثبت الحائز الحيازة المادية على الوجه المتقدم الذكر ، قامت هذه الحيازة وحدها قرينة على وجود الحيازة القانونية كاملة ، أى الحيازة مقترنة بعنصر القصد . فعنصر القصد ، أى أن الحائز يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره ، هو إذن يفترض بثبوت الحيازة المادية . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للخصم الآخر أن يدحضها بأن يثبت أن عنصر القصد غير موجود ، وأن الحائز بالرغم من ثبوت الحيازة المادية لديه إنما يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه . كذلك يجوز للخصم أن يثبت أن الحائز إنما تقوم حيازته على عمل من أعمال التسامح ، فينتفى بذلك عنصر القصد .

٣٤٧ – إثبات الملكية – نص قانونى : تنص المادة ٩٦٤ مدنى على ما يأتى :

« من كان حائزا للحق ، اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – من كان حائزاً للشىء أو للحق ، اعتبر مالكاً له حتى يقوم الدليل على العكس . ٢ – وإذا أدعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة» . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «الشىء» ، واستبدلت كلمة « صاحبه» بعبارة «مالكاً له » فى الفقرة الأولى ، وحذفت الفقرة الثانية «اكتفاء بالقواعد العامة » . فأصبح النص تحت رقم ٩٦٤ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٢ – ص ٤٨٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٧ : ١ – من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له ، حتى يقوم الدليل على العكس . ٢ – وإذا ادعى الحائز أن حيازته منصبة على حق شخص أو على حق عينى غير الملكية ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى فى حكم الفقرة الأولى ، ومع المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ومع القواعد العامة فى حكم الفقرة الثانية) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ويخلص من هذا النص أن القانون قد أقام قرينة قانونية ، إذ جعل من حيازة الحق قرينة على الملكية . والقرينة غير قاطعة ، فهي تقوم لصالح الحائز ، حتى يقيم خصمه مدعي الملكية الدليل على عكس ذلك وأنه هو المالك (١) .

وقد سبق أن فصلنا طرق إثبات الملكية ، بعد أن قسمناها إلى طرق إثبات دلالتها يقينية وطرق إثبات دلالتها ظنية . فالطرق الأولى هي السجل العيني والتقادم والحيازة ، والطرق الأخرى هي قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة (probabilités) كسند التمليك والمكلفة ودفع الضرائب وخريطة فك الزمام والتسجيل . وقد تتعارض طرق الإثبات ، فاذا قدم كل من الخصمين في دعوى الملكية طرق إثباته وتعارضت هذه الطرق ، فهناك طريقان قاطعا الدلالة في الملكية هما السجل العيني والتقادم المكسب . فمتى استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني ، إذا كان هذا السجل ساريا في المنطقة التي فيها العقار المتنازع فيه ، كان هو المالك . فاذا لم يكن السجل العيني ساريا ، واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقادم ، كان هو المالك . فاذا لم يكن السجل العيني ساريا ، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقادم ، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه هو الحائز للعقار . فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على أنه هو المالك ، ويلقي على عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة . فاذا لم يقدم المدعي قرينة تدحض قرينة الحيازة ، رفضت دعواه وبقي الحائز على حيازته . أما إذا قدم المدعي قرينة تعارض قرينة الحيازة ، من سند تمليك أو مكلفة أو دفع ضرائب أو غير ذلك ، وقدر القاضي أن القرينة التي قدمها المدعي تدحض قرينة الحيازة ، حكم للمدعي بالملكية . فالقرينة التي تدحض قرينة الحيازة ينبغي أن يترك أمر تقديرها إلى

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤ ص ٦٠٤ – ص ٦٠٥ – وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نفيها ، فاذا كان الحكم قد انتهى إلى ما قرره من نفي ملكية حائز الأرض موضوع النزاع بأسباب موضوعية سائغة ، فانه لايكون هناك محل للنعي عليه بالخطأ في فهم أثر القرينة المستفادة من الحيازة المنصوص عنها في المادة ٩٦٤ مدني (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢) . وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٧٢ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٠ ص ٩٠ .

القاضي ، فهو الذي يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة أقوى فيرفض دعوى الملكية ، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التي قدمها المدعي هي الأقوى فيقضي له بالملكية[١] .

ويخلص مما تقدم أن القانون قد رسم طريقاً لإثبات الملكية . واستعان في ذلك بقرينتين قانونيتين : (الأولى) أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، إلى أن يثبت العكس . (والثانية) أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية ، إلى أن يثبت العكس . فيستطيع الخصم الذي يتمسك بأنه هو المالك أن يبدأ باثبات حيازته المادية ، ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات . وعند التنازع ما بين حيازتين رسم القانون طرق المفاضلة فيما بينهما على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم[٢] . فاذا ما ثبتت الحيازة المادية ، كانت هذه الحيازة قرينة على الحيازة القانونية ، إلا إذا أقام الخصم الآخر الدليل على العكس . اما إذا لم تدحض هذه القرينة وثبتت بذلك الحيازة القانونية ، فان هذه الحيازة تكون هي بدورها قرينة على الملكية ، وذلك بشرط ألا يحتج الحائز بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة[٣] . وإذا قامت الحيازة القانونية قرينة على الملكية . فان

---

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٨ فقرة ٢٧٤ – فقرة ٢٧٦ – وانظر في القواعد التي وضعها القضاء الفرنسي في المفاضلة مابين طرق إثبات الملكية التي يقدمها كل من الخصمين عند التعارض مابين هذه الطرق في الصور الثلاث لهذا التعارض الوسيط ٨ فقرة ٢٧٦ – فقرة ٢٨٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٩٦٤ مدني يتضمن فقرة ثانية تقضي بهذا الحكم الأخير ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة وجود هذا الحق ، ولكن لايجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة» (أنظر آنفاً فقرة ٣٤٦ في الهامش) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص المحذوف مايأتي : « ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قرينة على الملكية إذ لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعي الملكية والحائز ، أما إذا كان هذا خلفاً لذاك فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاه الحيازة . فالمستأجر مثلا لايستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه قرينة على الملكية . بل إن عقد الإيجار هو الذي يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة ، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزاً لا لحق الملكية ، بل لحق شخصي هو حقه كمستأجر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ – ص ٤٨٤) .

لاخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بأن يقيم الدليل على أنه هو المالك . وقد وضع القضاء عند التنازع فى طرق إثبات الملكية ، كما وضع القانون عند التنازع فى طرق إثبات الحيازة ، قواعد المفاضلة ما بين طريقة وأخرى [١] .

٣٤٨ – عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية : وهناك قاعدة هامة فى خصوص العلاقة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، وهى تقضى بعدم جواز الجمع بين الدعويين . وقد نصت المادة ٤٨ من تقنين المرافعات على هذه القاعدة ، وهى تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز أن يجمع المدعي فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا سقط إدعاؤه بالحيازة . ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه . وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه » [٢] .

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ – فقرة ٣٨٠ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «إذا ثبتت الحيازة تكون قرينة على الملكية ، فيفرض أن الحائز مالك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس . لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً فى دعاوى الملكية ، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك فى ثبوتها . لذلك يقتضى الأمر إيجاد قرينة أخرى هى الحيازة المادية التى توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح . فمن أثبت أن عنده هذه الحيازة المادية ، تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية . وعلى من ينازعه أن يثبت أنه و الحائز ، وأن هذه الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلا ، أوكانت غير مقترنة بالعنصر المعنوى . ويتبين من ذلك أن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه ، له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية ، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها ، وفى هذا تيسير كبير لإثبات الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣) .

(٢) ويقابل هذا النص فى مشروع تقنين المرافعات الجديد المادة ٤٤ من هذا المشروع ، وهى مطابقة لنص المادة ٤٨ مرافعات فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . ويقابل النص فى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى النصوص الآتية : م ٤٤ : إن الدعاوى العينية العقارية تدعى ملكية عندما يراد بها إثبات ملكية حق عينى ، وتدعى تصرفية تقتصر على إثبات التصرف بحق عينى . م ٤٥ : من أقام الدعوى الملكية لاتقبل منه فيما بعد الدعوى التصرفية ، أما الذى يقيم الدعوى التصرفية ويخسرها فيجوز له أن يقيم الدعوى الملكية . م ٤٦ : لايجوز للمحكمة المرفوعة لديها الدعوى التصرفية أن تبنى حكمها على أسباب تتعلق بالملكية . م ٤٧ : لا تجوز إقامة الدعوى الملكية والدعوى التصرفية فى وقت واحد ، فالمحكمة التى تقام لديها دعوى تتعلق بحق الملكية وبحق التصرف معاً يجب عليها أن تعلن عدم صلاحيتها فى القسم الذى لايحق لها أن تنظر فيه .

ونرى من هذا النص أن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم المدعى ، وتلزم المدعى عليه . وتلزم القاضى [1] . ثم إن الحكم الصادر فى دعوى الحيازة لا تكون له حجية فى دعوى الملكية . فهذه مسائل أربع ، نستعرضها تباعا .

٣٤٩ – *قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم المدعى* : رأينا[2] أن الفقرة الأولى من المادة ٤٨ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق . وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة » . ويمكن أن نتصور فى هذا الصدد أن المدعى طالب فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى موضوع الحق وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة . فى هذه الفروض الثلاثة جميعا ، يكون المدعى قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أى دعوى موضوع الحق ، وهذا لا يجوز ، ويسقط الادعاء بالحيازة كما يقول النص أى تصبح دعوى الحيازة غير مقبولة .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصور بدعوى أصل الحق ، التى نص فى المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الحيازة ، هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥١٧) . وقضت أيضاً بأن الأساس الأصلى لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية ، فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها ، إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس يستخلص منها القاضى كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها ، وبشرط ألا يكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصودا لتحرى الحق . وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى ، فلا يجوز للمدعى أن يجمع فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا أن يقيم القاضى حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه . وإذن فانه يكون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم فى دعاوى الحيازة ، والبت فى شأنها بالصحة أو بالتزوير ، لما فى ذلك من المساس بالحق وجوداً وعدماً (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ – وانظر أيضاً نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٠ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٢ – ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ – استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٤١ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠)

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

فنى الفرض الأول ، إذا طالب المدعى فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، فان هذا لا يتأتى إلا إذا كان القاضى الجزئى المختص بنظر دعوى الحيازة مختصا أيضا بدعوى الملكية ، وهذا نادر [١] . والغالب أن تجاوز دعوى الملكية نصاب القاضى الجزئى ، فاذا رفعت أمامه حكم بعدم الاختصاص بنظر دعوى الملكية ، وبعدم قبول دعوى الحيازة لأن رفع دعوى الملكية ولو أمام محكمة غير مختصة يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة كما سنرى . أما إذا كان القاضى الجزئى مختصا بنظر دعوى الملكية ، ورفع المدعى دعوى الحيازة وطالب بالملكية فى نفس الدعوى ، فان القاضى ينظر طلب الملكية لأنه مختص بنظره ، ويحكم فى دعوى الحيازة بعدم القبول لأن رفع دعوى الملكية يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة [٢] .

وفى الفرض الثانى ، إذا رفع المدعى دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الملكية ، فان رفعه لدعوى الملكية قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة يعتبر نزولا منه عن دعوى الحيازة ، فيقضى بعدم قبول هذه الدعوى ، ولا تنظر إلا دعوى الملكية [٣] .

وفى الفرض الثالث ، إذا رفع المدعى دعوى الملكية وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة ، حتى لو نزل عن دعوى الملكية ، فان دعوى الحيازة تحكم بعدم قبولها ، لأن رفع دعوى الملكية قبل ذلك يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة [٤] . وغنى عن البيان أنه لا يتصور أن يفصل فى دعوى الملكية ، ثم يرفع المدعى دعوى الحيازة بعد ذلك . ذلك لأنه إذا فصل فى دعوى الملكية

---

(١) أما إذا أصبح المشروع الجديد لتقنين المرافعات قانوناً ، فان هذا الأمر لا يكون نادراً ، بل يكون هو الذى يقع فى العادة . فقد قدمنا أن هذا المشروع لايجعل دعاوى الحيازة من اختصاص القضاء الجزئى بل يخضعها للقواعد العامة للاختصاص ، فتصبح دعوى الملكية ودعوى الحيازة كلتاهما من اختصاص محكمة واحدة .

(٢) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ .

(٤) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٧ – ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٢ – ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥١ – ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٨ .

لصالح المدعى لم يعد فى حاجة إلى دعوى الحيازة . وإذا قضى فيها لغير صالحه فلا يجديه أن يرفع دعوى الحيازة [١] .

فالواجب إذن أن يقتصر المدعى على رفع دعوى الحيازة ، أو على رفع دعوى الملكية . فاذا كانت حيازته ثابتة وتوافرت شروطها ، اقتصر على رفع دعوى الحيازة [٢] . فاذا ما قضى لصالحه فى دعوى الحيازة ، بقى على حيازته ، وعلى خصمه أن يرفع دعوى الملكية فيكون هو باعتباره حائزا مدعى عليه فيها . أما إذا لم تكن حيازته ثابتة أو غير متوافرة الشروط ، اقتصر على رفع دعوى الملكية على الحائز ، وعليه فى هذه الحالة أن يثبت الملكية لا الحيازة [٣] .

ويخلص مما تقدم أن رفع المدعى لدعوى الملكية ، وإن كان لا يتضمن اعترافا منه بأن الحيازة عند خصمه ولا نزولا منه عن التمسك بمزايا الحيازة ، إلا أنه يتضمن نزولا منه عن استعمال دعوى الحيازة [٤] . ويلاحظ فى هذا الصدد : (أولا) أن رفع دعوى الملكية هو الذى يتضمن النزول عن دعوى الحيازة ، فأية دعوى أخرى يرفعها المدعى لا تتضمن هذا النزول . والوصف القانونى للدعوى بأنها دعوى ملكية يخضع لرقابة محكمة النقض [٥] . وعلى ذلك

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعى عليه ، فلا يجوز أن يدعى أنه مالك للأرض محل النزاع ، إذ أن هذا لا تجوز إقامته فى دعوى وضع اليد (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٦) . ولا يقبل من المدعى عليه فى دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى نفى الحق (نقض مدنى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) .

(٣) وإذا رفعت دعوى الملك لم يجز بعد ذلك رفع دعوى الحيازة (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٩) . ولا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية طلب المعافاة من الرسوم توطئة لرفع دعوى الملكية ، مادامت هذه الدعوى لم ترفع بالفعل (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥) .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ هامش ٤٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠١ – أنسيكلو بيدى دالموز ١ لفظ action possessoire فقرة ٢٧ – فقرة ٣١ – نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ – ١ – ١٧٤ .

(٥) نقض فرنسى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ – ١ – ٤١٧ – ٢٠ ابريل سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٨ – ١ – ٥٠١ .

لا يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته (١) ، أو رفعه دعوى مستعجلة باتخاذ بعض إجراءات تحفظية (٢) . ولكن يكفي أن ترفع دعوى الملكية ليتضمن رفعها نزولا عن دعوى الحيازة ، حتى لو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (٣) ، وحتى لو ترك المدعي الخصومة بعد رفع الدعوى(٤) . (ثانيا) أن رفع دعوى الملكية إنما يكون نزولا عن دعوى الحيازة التي يكون سببها راجعا إلى تاريخ سابق على رفع دعوى الملكية ، أما إذا كان سبب دعوى الحيازة لاحقا لرفع دعوى الملكية فبديهي أن دعوى الملكية لا تتضمن نزولا عن سبب جدّ بعد رفعها (٥) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته ، في أثناء نظر دعواه بالحيازة أو قبلها أو بعدها ، لايعتبر جمعاً بين دعوى اليد ودعوى الملك بما يسقط حقه في الادعاء بالحيازة . ذلك أن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك ، غير أن السند القانوني المنشىء للملكية فيها هو الحكم الذي يصدر لمصلحة الشفيع ، الذي لايمكن أن يكون مالكاً أو يدعي ثبوت الملك قبل الحكم له بأحقيته لتملك العقار المبيع (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٥ : ويلاحظ أن محكمة النقض هنا سارت على مذهبها من أن الحكم بالشفعة سبب منشىء للملكية ، فيستقيم حكمها بأن دعوى الشفعة ليست بدعوى الملكية) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً في هذا المعنى بأن رفع دعوى الشفعة لا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية ، وعلى ذلك لايمنع من رفع دعوى الحيازة (استئناف مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٣) .

(٢) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ١ – ٣٨١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ – نقض فرنسي ١٥ نوفبر سنة ١٩٦٥ داللوز ٦٦ – ١ – ١١٦ – ٢٢ يونيه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ – ١ – ٥٦ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ص ٢١٤ وهامش ٤٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ – نقض فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيريه . ١٩٥ – ١ – ٩٩ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل التعرض للحيازة بعد رفع دعوى الملك ، فان لمدعي الملكية أن يلحق بدعوى الملكية دعوى الحيازة بعد أن استجد سببها (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥) – وانظر محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٤٠ ص ٤٤ وانظر كذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ – نقض فرنسي ١٥ يناير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ – ١ – ١٥٩ – ٧ يوليه سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ – ٢ – ٦٧٨ .

٣٥٠ – قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

تلتزم المدعى عليه : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتى : « ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه » . ويؤخذ من هذا النص أن المدعى عليه يلتزم بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين :

(الناحية الأولى) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فانه لا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى إلا بدفع مستمد من الحيازة ذاتها ، بصرف النظر عن موضوع الحق . فلا يستطيع أن ينكر على المدعى حيازته بدعوى أنه هو المالك فيجب أن تكون عنده الحيازة ، لأن فى هذا الدفع جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . وإنما يستطيع أن يدفع دعوى الحيازة بأن الحيازة غير ثابتة للمدعى ، أو بأنها لم تتوافر فيها الشروط الواجبة . أو بغير ذلك من الدفوع التى ترجع إلى الحيازة لا إلى الملكية .

(الناحية الثانية) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فانه لا يستطيع ، قبل أن يفصل فى هذه الدعوى ، أن يرفع هو دعوى الملكية على المدعى فى دعوى الحيازة . ذلك لأنه يجب أن يتربص حتى يقضى فى دعوى الحيازة حتى لا يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . فاذا حكم فى دعوى الحيازة لصالح المدعى وجب عليه أيضا أن ينفذ الحكم كاملا وألا يضيع على خصمه الحيازة التى قضى له بها (٢) . وبعد ذلك ، أى بعد أن يستقر خصمه فى

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١ ص ٢٠٠ – وانظر م ١/٢٧ مرافعات فرنسى . وتزيد المادة ٢/٢٧ مرافعات فرنسى أنه إذا أبطأ المدعى الذى حصل على حكم لصالحه فى دعوى الحيازة فى تنفيذ هذا الحكم ، فشل بذلك المدعى عليه من أن يرفع دعوى الملكية ، جاز لهذا الأخير أن يحصل من محكمة دعوى الملكية على تعيين أجل ليقوم المدعى فى أثنائه بتنفيذ الحكم ، وتقبل دعوى الملكية بمجرد انقضاء هذا الأجل (أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١) . ولا يوجد نص مقابل فى القانون المصرى فتطبق القواعد العامة ، وقد نصل فى تطبيقها إلى نفس النتيجة .

حيازته ، يستطيع هو أن يرفع عليه دعوى الملكية . فان رفعها قبل ذلك ، أى قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة أو قبل أن ينفذ الحكم الصادر لمصلحة خصمه فى هذه الدعوى ، فان دعوى الملكية التى يرفعها لا تكون مقبولة (١) ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه (٢) .

هذا إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الحيازة . أما إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الملكية . فان المدعى عليه فى هذه الدعوى يستطيع ، قبل الفصل فيها . أن يرفع دعوى الحيازة ، سواء كان سبب دعوى الحيازة سابقا على رفع دعوى الملكية أو لاحقا لرفع هذه الدعوى . وهذا بخلاف المدعى فى دعوى الملكية فقد رأينا (٣) أنه لا يستطيع رفع دعوى الحيازة إلا إذا كان سبب هذه الدعوى لاحقا لرفع دعوى الملكية ، إذ أن رفع المدعى لدعوى الملكية يتضمن نزولا منه عن دعوى الحيازة كما سبق القول . وترجع العلة فى التفريق فى دعوى الملكية ما بين المدعى والمدعى عليه على النحو المتقدم ، أن المدعى هو الذى رفع دعوى الملكية باختياره . فيحمل هذا منه عن نزول ضمنى عن دعوى الحيازة ، بخلاف المدعى عليه فهو لم يرفع دعوى الملكية بل رفعها عليه المدعى ، فلا يجوز أن يحرمه المدعى بفعله من حقه فى رفع دعوى الحيازة (٤) .

---

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن الدعوى تكون مقبولة ، ولكن يؤجل إجراء السير فيها حتى يفصل فى دعوى الحيازة وينفذ الحكم (نقض فرنسى ١٣ نوفبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ - ١ - ١٢٣) . ولكن نص تقنين المرافعات المصرى صريح فى أن الدعوى تكون غير مقبولة : « ولا تقبل دعواه بالحق . . . » . ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى الرأى الذى أخذ به تقنين المرافعات المصرى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٥ : ولا يجعلان لرفع دعوى الملكية قبل الفصل فى دعوى الحيازة وقبل تنفيذ الحكم أثراً إلا فى قطع التقادم إذا تبين أن المدعى فى دعوى الحيازة لم يرفع هذه الدعوى إلا ليعرقل رفع دعوى الملكية حتى يمتنع قطع التقادم) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - وانظر مارتى ورينو فقرة ٢٠٨ - أنسيكلو بيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٢ - فقرة ٣٤ - نقض فرنسى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ٩٩ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٤٩ .

(٤) استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٦ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٢ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ وهامش ٤٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٥ - ١ - ١٠٣ .

٣٥١ – قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

تلازم القاضي : رأينا [١] أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتي : وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق ونفيه » . ويعني ذلك أن القاضي يتقيد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين : .

(الناحية الأولى) أن القاضي لا يستطيع أن يبني حكمه في دعوى الحيازة . قبولا أو رفضا . على أسباب يستمدها من موضوع الحق [٢] . فيجب عليه أن يبني الحكم على أسباب مستمدة من الحيازة ذاتها ، ومن أنها استوفت شروطها . فاذا استند في إجابته لطلب المدعي في دعوى الحيازة على أنه هو المالك . أو على أن حيازته تستخلص من سند ملكيته . أو على أنه قد قضى له بالملكية بموجب حكم سابق . كان هذا جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية [٣] . كذلك يعتبر جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة بعد أن ثبتت له الحيازة مستوفية

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٥ – ١ – ١٠٨ – ١٠ يوليه سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٥ – ١ – ١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم في دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه . فإذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن في المرور بالطريق الموصل إلى أرضه تأسيساً على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمي يده على ارتفاق المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له ، فإن الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذي يخوله القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق طبقاً للمادة ٨١٢ مدني ، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص٥٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى منع تعرض ، وطلب المدعي الإحالة إلى التحقيق ليثبت انتفاعه بالشارع المتنازع عليه المدة الطويلة المكسبة للملك ، فأجابته المحكمة إلى طلبه هذا وباشرت التحقيق ، ثم عرضت عند الفصل في الموضوع إلى حق الارتفاق على الطريق ، وبنت على ثبوته بوضع اليد المدة الطويلة قضاءها في دعوى التعرض ، ثم أيدت محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم آخذة بأسبابه بالرغم من تمسك المدعى عليه بعدم قبول دعوى الحيازة المرفوعة من خصمه بعد أن استحالت إلى دعوى ملك ، فذلك لما فيه من جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملك خروج صريح على حكم المادة ٢٩ من قانون المرافعات (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧١ ص٢٥٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥ . وقضت محكمة =

لشرائطها ، مستندا فى ذلك إلى أنّ المدعى عليه إنما كان يستعمل حقا ثابتا له ، أو أنه لم يلحق المدعى أى ضرر من تعرضه (١) . ولكن إذا استند القاضى فى حكمه فى دعوى الحيازة إلى أن الحيازة ثابتة مستوفية لشرائطها ، وأضاف

= النقض كذلك بأن المادة ٢٩ مرافعات (قديم) ، إذ تنهى عن الجمع بين دعوى اليد ودعوى الحق ، تلزم القاضى إلزامها الخصوم بالنزول على حكمها ، فيتعين على القاضى أن يقيم حكمه فى دعوى اليد على توافر وضع اليد بشروطه القانونية أوعدم توافره ، لاعلى ثبوت الحق أوعدم ثبوته . فاذا كان الحكم فى دعوى وضع اليد قد اتخذ من ثبوت حق الارتفاق الأساس الوحيد لقضائه باعادة الطريق محل النزاع إلى حالته الأولى ، فانه يكون مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٧) . وقضت أيضاً بأنه لايجوز لقاضى وضع اليد أن يجعل حكمه فى دعوى وضع اليد مبنياً فى جوهره على أسباب ماسة بأصل حق الملك ، بل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه فى هذه الدعوى منصباً على تبين ماهيتها والنظر فى توافر شروطها وعدم توافرها بحيث لو دعت ضرورة هذا البحث للرجوع إلى مستندات حق الملك فلايكون ذلك مقصوداً لذاته ، بل يكون على سبيل الاستئناس ، وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد ، الأمر الذى يجب أن يجعله القاضى مناط تقصيه . فان تجاوز هذا فبحث فى الملكية فنفاها ، وجعل أساس قضائه فى دعوى اليد ما قضى به أصل الحق ، فانه يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٣ - ٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٥ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٦ - ٢٥ نوفبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٧ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤١ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٠) . وقضت أيضاً بأن للقاضى فى دعاوى وضع اليد أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولوكانت خاصة بالملك ، كل ماكان متعلقاً بالحيازة وصفتها (نقض مدنى ٢١ نوفبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٣ - ٧ يونيه سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٤ - ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩٤ ص ١٢٣٣) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسى ١٧ يوليه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ - ١ - ١٩٢ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ - ١ - ٢٨٤ .

مع ذلك تزيدا أسبابا أخرى مستمدة من موضوع الحق . واقتصر فى منطوق الحكم على الحيازة دون موضوع الحق . لم يكن هذا جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (١) .

(الناحية الثانية) أن القاضى لايستطيع ، فى منطوق حكمه فى دعوى الحيازة ، أن يمس موضوع الحق ، أو أن يجعل الحيازة متوقفة على الملكية لا تنفصل عنها ، أو أن يقضى بوقف الفصل فى دعوى الحيازة إلى أن يصدر حكم فى الملكية . فلو أن القاضى ، فى منطوق حكمه فى دعوى الحيازة ، لم يقتصر على الحيازة فى ذاتها ، بل قضى للمدعى بحقوق أوسع مدى أو أشد قوة استنادا إلى موضوع الحق ، كان هذا جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٢) . كذلك يعتبر جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضى دعوى الحيازة على أساس أن الحيازة لا تنفصل عن الملكية ، أو دون أن يرفض دعوى الحيازة يوقف الفصل فيها جاعلا من الفصل فى الملكية مسألة أولية تسبق الفصل فى دعوى الحيازة (٣) .

ولا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يأمر القاضى فى دعوى الحيازة بمعاينة محل النزاع (٤) . أو أن يفحص سندات الملكية المقدمة من الخصوم ليسترشد بها فى التعرف على طبيعة الحيازة ومداها واستيفائها لشروطها (٥) . وتحرى المحكمة من المعاينة والمستندات ما إذا كان العقار المرفوع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ – ص ٢١١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ – نقض فرنسى ١٨ يونيه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٢٢٣ – ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ – ١ – ٢٤٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ – نقض فرنسى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٢٥٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ – ص ٢٠٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ – نقض فرنسى ١٧ يوليه سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ – ٥ مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ – ١ – ٣٧٣ .

(٤) نقض فرنسى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٢ – ١ – ٢٧٤ – ١٤ مارس سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ – ١ – ٢٠٨ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٨ – نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٣ – ١ – ٣٩٤ – ٩ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦–٣٩٤ . ويجوز بهذا الشرط فحص سند الملكية ولوكان –

بشأنه دعوى منع التعرض ملكا عاما ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك ؛ لأن المقصود هو أن تستبين المحكمة حقيقة وضع اليد ، وقضاؤها المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يكون حاسما للنزاع فى الملك [١] أما الحيازة ذاتها فيجب أن تثبت من الأعمال المادية المكونة لها ، ولا يصح أن تثبت من سند الملكية وحده فيحل هذا السند محل الحيازة [٢] .

= متنازعاً فى صحته (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٦ – ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨١ – ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ – ٥ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٠ .

(١) نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٣ – ولا يعتبر جمعاً بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة أن يعين القاضى فى دعوى الحيازة خبيراً لتطبيق مستندات الملكية على العقار محل النزاع للتثبت من ذاتية هذا العقار (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦١).

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ – ص ١٩٩ – نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ – ١ – ١٩٢ – وفحص سندات الملكية ليس إجبارياً ، فيجوز للقاضى ألا يلجأ إلى هذا الفحص إذا لم يجد داعياً لذلك للتثبت من الحيازة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ – نقض فرنسى ٦ فبراير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ١٦٧) . ولكن الفحص يكون مع ذلك إجبارياً إذا لم يكن منه بد للتعرف على الصفات الحقيقية للحيازة ، كما إذا أراد القاضى التثبت من أن حيازة حق ارتفاق لم تكن حيازة عرضية أو حيازة خفية (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١١ ص ٢١٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ – أنسيكلو بيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٩ – فقرة ٤٢ – نقض فرنسى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣ – ٢ – ٩٠٠ – ١٣ مارس سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٤١٥) . وقد قضت محكمة النقض بألا حرج على القاضى فى دعوى الحيازة فى أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٠ ص ٦٠ – وانظر نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٦ ص ١٣٧ – ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ – ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٢٦ . ٢٨ نوفبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة فى دعوى منع التعرض قد حصلت تحصيلا سائغاً من الأدلة التى ساقتها فى حكمها ومن المعاينة التى أجرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها مازالت تستعمل جرناً عمومياً ، وأنها بذلك تعوض المنافع العامة التى لا يجوز تملكها بوضع اليد ، كان حكمها بعدم قبول دعوى الحيازة المرفوعة فى شأنها صحيحاً قانوناً . ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومن المستندات ما إذا كان العقار المرفوع فى شأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً أم لا ، ليس فيه جمع بين دعوى الحيازة والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعوى الحيازة أم لا ، حتى إذا رأت =

كذلك لا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يحكم القاضي في دعوى الحيازة بالإزالة والتسليم(١) ، أو أن يأمر في دعوى الملكية باجراءات وقتية للمحافظة على الشيء محل النزاع(٢) . ويمكن الحكم في دعوى الحيازة بتعويض . ولكن لا بسبب الحرمان من الانتفاع بالملك فإن هذا محله دعوى الملكية لا دعوى الحيازة ، ولكن بسبب الضرر الذي نجم عن أعمال التعرض أو عن اغتصاب المال قهرا(٣) .

= الأمر واضحاً في أن العقار من الملك العام وأن النزاع في شأنه غير جدي قبلت الدفع ، وإلا فصلت في دعوى منع التعرض تاركة للخصوم المنازعة في الملك فيما بعد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٩ ص ٢٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بمنع التعرض في تطهير مسقى وتعميقها على ما ثبت لدى المحكمة من تقرير الخبير المعين في الدعوى من أن المدعين يملكون نصف المسقى تجاه أرضهم وأن هذا النصف يدخل في الأرض المكلفة بأسمائهم ، وأن ريهم من المسقى يرجع إلى مدة تزيد على سنة سابقة على التعرض فان استناد هذا الحكم إلى سابقة استعمال المدعين المسقى لري ذلك يكفي لأن يقام عليه القضاء بمنع التعرض ، أما ماجاء عن الملكية فليس إلا من قبيل التزيد (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢ ص ٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الصادر بمنع التعرض قد قضى بالإزالة والتسليم ، فلا محل للنعي عليه بأنه قد جمع بين دعوى الملكية ودعوى اليد . ذلك لأن الإزالة هي من قبيل إعادة الحالة إلى ماكانت عليه قبل حصول التعرض ، وذلك بإزالة الأفعال المادية التي أجراها المتعرض كتسوير الأرض ووضع أخشاب وإقامة هيكل ومسرح وغيرها ، مما يعتبر وجودها في ذاته تعرضاً لحيازة واضع اليد مما تتسع ولاية قاضي الحيازة لمنعه متى قامت لديها أسبابه . وكذلك التسليم ، إذ يعتبر من مستلزمات منع التعرض وإعادة يد الحائز إليه (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٧) .

(٢) ولكنه لايستطيع الفصل في طلب عارض يكون في حقيقته دعوى حيازة ، ولو عن طريق الأمر باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية الوقتية (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٨ – أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٥ – ١١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٢٥ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٦ – وانظر في بقاء قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية في القانون الفرنسي بالرغم من صدور دكريتو ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٨ القاضي باختصاص محكمة دعوى الحيازة بالنظر في الدفوع المتعلقة بالملكية : مارتي ورينو فقرة ٢١٠ .

٣٥٢ – عدم حجية الحكم الصادر في دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى الملكية : ولا يكون للحكم الصادر فى دعوى الحيازة حجية أمام المحكمة التى تنظر دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، وذلك حتى بالنسبة إلى الحيازة ذاتها . فقاضى موضوع الحق ليس مقيدا بحكم قاضى الحيازة فيما يتعلق بثبوت الأعمال المادية المكونة للحيازة ، أو فيما يتعلق بثبوت الصفات المنسوبة إليها [١] .

على أنه يستثنى أمران مما تقدم : (الأمر الأول) إذا فصل قاضى الحيازة فى دعوى الملكية أو فى دعوى موضوع الحق بالرغم من عدم اختصاصه ، ولم يكن هناك طريق مفتوح للطعن فى هذا الحكم ، فان الحكم يحوز قوة الأمر المقضى [٢] . (والأمر الثانى) إذا حصل الخصم على حكم من قاضى الحيازة بأنه هو الحائز ، كان هذا الحكم حجة بثبوت الحيازة له . فيكون هو المدعى عليه فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، ولا يلتزم إذا كان حسن النية برد الثمار إلا من وقت رفع هذه الدعوى الأخيرة [٣] .

§ ٢ – التفرقة ما بين الحائز والمالك

٣٥٣ – ظهور أن الحائز غير مالك : قد يكون الحائز هو المالك ، وهذا هو الغالب . بل قد تكون الحيازة ذاتها هى سبب كسب الحائز للملكية ، كما هو الأمر فى الاستيلاء وقد سبق الكلام فيه ، وكما هو الأمر فى كسب الحائز حسن النية للمنقول وكسبه للثمار وسيأتى الكلام فيهما ، وكما هو الأمر فى التقادم فيكسب الحائز الملكية بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير طبقا للأحكام التى سيرد ذكرها .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤ هامش ٢٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٤٩ – فقرة ٥٠ .

ولكن قد يظهر أن الحائز هو غير المالك ، وأنه لم يكسب الملكية لا بالحيازة ولا بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فعند ذلك إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد منه ملكه ، قد يقتضى الأمر أن يسترد الحائز من المالك المصروفات التى قد يكون أنفقها على الشيء عند ما كان فى حيازته ، وقد يقتضى الأمر كذلك أن تتحقق مسئولية الحائز عن هلاك الشيء أو تلفه إذا هلك أو تلف وهو فى حيازته . فنتكلم إذن فى مسألتين : (أ) استرداد الحائز للمصروفات [1] . (ب) مسئولية الحائز عن الهلاك أو التلف .

١ – استرداد الحائز للمصروفات

٣٥٤ – نصوص قانونية : تنص المادة ٩٨٠ مدنى على ما يأتى :

١ – « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » .

٢ – « أما المصروفات النافعة ، فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » .

٣ – « فاذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .

وتنص المادة ٩٨١ مدنى على ما يأتى :

« إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فان له أن يطالب بها المسترد » .

وتنص المادة ٩٨٢ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للقاضى ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر مايراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون

---

(١) أما إذا بنى الحائز أو غرس فى الأرض التى حازها ، وتملك صاحب الأرض البناء أو الغراس بالالتصاق ، فقد بسطنا تفصيلا الأحكام المتعلقة بذلك وبماذا يرجع الحائز على المالك تعويضاً عما تكلفه من نفقات فى البناء أو الغراس ، وذلك عند الكلام فى الالتصاق .

الوفاء على أقساط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها »[١] .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، فيما عدا المادة ٦٠٥ فقرة ٢و٣/٧٣١ فقرة ٢و٣ من هذا التقنين الأخير ، فانها تقابل المادة ٩٨٠/١و٢ من التقنين المدنى الجديد[٢] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٠ – ص ٥٢٢) .

م ٩٨١ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ – ص ٥٢٣) .

م ٩٨٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة فقد كانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : «وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط » . وعدلت لجنة المراجعة هذه العبارة إلى ماصارت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فأصبح النص ، تحت رقم ١٠٥٧ فى المشروع النهائى ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٣ – ص ٥٢٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٦٠٥ فقرة ٢ و ٧٣١/٣ فقرة ٢ و ٣ : يكون الحق فى حبس العين فى الأحوال الآتية : . . . (أولا) . . . (ثانيا) للدائن الذى له حق امتياز ، ولمن أوجد تحسيناً فى العين ويكون حقه من أجل ماصرفه أوما ترتب على ماصرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال . (ثالثا) لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها .

(والتقنين المدنى السابق لايجعل للمصروفات النافعة ، كما جعل التقنين المدنى الجديد ، حكم التعويضات المستحقة فى نظير التملك بسبب الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : «أورد المشروع القاعدة فى استرداد المصروفات ، وقرر بعض المسائل الهامة فى هذا الموضوع كمطالبة الحائز للسترد بالمصروفات التى دفعها إلى مالك أوحائز سابق ، وكالتيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده . أما التقنين الحالى (السابق) فقد اقتصر على إيراد القاعدة الأساسية فى استرداد المصروفات ، وساقها بطريقة عرضية فى صدد الكلام فى حق الحبس : (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٤ »)

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٣١ — ٩٣٣ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٨٤ — ٩٨٦ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٦٧ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل [١] .

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أن المالك . إذا استرد ملكه من الحائز ، يرد إلى هذا الأخير ما أنفقه من المصروفات ، ويختلف ما يرده بحسب ما إذا كانت هذه المصروفات مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة ، أو مصروفات كمالية . ويرد المصروفات . ليس فحسب إلى الحائز الذى أنفقها ، بل أيضا إلى خلف هذا الحائز إذا كان هذا الأخير قد أدى لسلفه ما أنفق من مصروفات . وقد يواجه المالك . من جراء ذلك . مسئولية عن مبالغ كبيرة يجب عليه ردها للحائز أو لخلفه ، فأعطاه القانون الحق فى أن يطلب من القاضى أن يقرر ما يراه مناسبا للتيسير عليه فى الوفاء بهذا الالتزام . فهذه جملة من المسائل نبحثها فيما يلى :

٣٥٥ — المصروفات الضرورية ترد بأكملها : وقد رأينا [٢] أن المادة ٩٨٠ / ١ مدنى تلزم المالك الذى يرد إليه ملكه بأن « يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » . والمصروفات الضرورية هى المصروفات غير العادية التى يتعين إنفاقها للمحافظة على الشىء فإذا أنفق الحائز مصروفات لترميم العين ترميما ضروريا ، أو دفع دينا يكفله رهن على العين ، أو أنفق

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٣١ — ٩٣٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٨٤ — ٩٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٧ (توافق م ٩٨٠ مصرى ، ولامقابل فى التقنين العراقى للمادتين ٩٨١ — ٩٨٢ مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل . ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لايلزم الكاسب بالرد إلا بقدر الكسب الذى يكون له يوم الإدعاء ، مالم يتضمن القانون نصاً على العكس — ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كان الكاسب سىء النية وقت الكسب ، فعندئذ يصبح مسئولا عن كل ما كسبه . أية كانت الحوادث التى تقع بعد ذلك من هلاك أو تفرغ أو تعيب . ويتحمل فى هذه الحال جميع المخاطر ، ويلزم برد جميع النتائج التى جناها أو كان يجب أن يجنيها . ولايحق له إلا المطالبة بالنفقات الضرورية .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

مصروفات لإنقاذ الشيء من حريق يوشك أن يلتهمه ولا يدله فى هذاالحريق ، فهذه كلها مصروفات ضرورية ، يستردها الحائز بأكملها من المالك ولو كان الحائز سيء النية ، لأن المالك كان مضطرا لدفعها لو أن الشيء بقى فى حيازته. ويمكن تخريج هذا الحكم على قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذ يرجع الحائز على المالك بأقل القيمتين ، وأقل القيمتين هنا هى المصروفات الضرورية التى أنفقها الحائز إذ هى بطبيعة الحال أقل من قيمة الشيء نفسه .

ولا تدخل مصروفات الصيانة ولا الضرائب التى دفعها الحائز ضمن المصروفات الضرورية ، إذ هى مصروفات عادية أنفقها الحائز للانتفاع بالشيء وقد انتفع به فعلا .

٣٥٦ – المصروفات النافعة تسرى فى شأنها أحكام الالتصاق : وتقضى المادة ٢/٩٨٠ مدنى ، كما رأينا [١] ، بأن المصروفات النافعة « يسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤و٩٢٥ » . والمصروفات النافعة مصروفات ينفقها الحائز ، لا للمحافظة على الشيء أو لإنقاذه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به . مثل ذلك أن يدخل الإضاءة الكهربائية أو المياه الجارية أو المجارى فى الدار ، وأن ينشيء المراوى والمصارف فى الأرض الزراعية . فهذه مصروفات لم يكن يتعين على المالك إنفاقها لو أن العين بقيت فى حيازته ، ولكنها مصروفات زادت فى قيمة العين وحسنت من الانتفاع به فهى أقرب ما يكون إلى المنشآت التى يقيمها الشخص فى أرض غيره ، فيتملكها صاحب الأرض بالالتصاق فى نظير دفع تعويض عن هذه المنشآت . ولذلك ألحقها القانون فى الحكم بهذه المنشآت ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥ مدنى ، وهى النصوص التى تتعلق بمن يقيم منشآت فى أرض غيره ، وقد بينا ما تقضى به هذه النصوص تفصيلا عند الكلام فى الالتصاق . فنكتفى هنا بتلخيص هذه الأحكام فى إيجاز ، ونحيل فى التفصيلات إلى ما سبق أن أوردناه فى هذا الشأن :

فاذا كان الحائز حسن النية ، وأنفق مصروفات نافعة ، فعلى المالك أن يرد له أقل القيمتين : ما أنفقه الحائز فعلا أو مبلغا يساوى ما زاد فى قيمة العين

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

بسبب المصروفات . وليس فى هذا إلا تطبيق لقواعد الإثراء بلا سبب فالمالك يدفع للحائز ما أنفقه هذا الأخير فعلا وهى القيمة التى افتقر بها ، أو مقدار الزيادة فى قيمة العين وهى القيمة التى اغتنى بها المالك ، أيهما أقل (١) .

وإذا كان الحائز سىء النية ، فللمالك الخيار بين طلب إزالة التحسينات التى أحدثها الحائز ، أو استبقاءها . فان طلب إزالتها ، وجب أن يكون هذا الطلب فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه المالك بحدوث هذه التحسينات ، وتكون الإزالة على نفقة الحائز مع إلزامه بالتعويض إن كان له وجه . وإن طلب استبقاءها ، وجب عليه أن يدفع للحائز أقل القيمتين : قيمة التحسينات مستحقة الإزالة أو مبلغا يساوى ما زاد فى قيمة العين بسبب هذه التحسينات (٢) .

٣٥٧ - المصروفات الكمالية للزينة : وتقضى المادة ٣/٩٨٠ مدنى ، كما رأينا (٣) ، بأنه إذا كانت المصروفات كمالية « فليس للحائز أن يطالب بشىء منها . ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشىء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . والمصروفات الكمالية هى مصروفات لا تعود بكبير نفع على العين ذاتها ، ولكنها تنفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذى يريده الحائز لاستمتاعه الشخصى . فدهن الحيطان بالزيت أو توريقها ، ووضع خشب « الباركيه » فى أرضية الحجرات ، وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها ، وترصيف مما شىء الأرض الزراعية ، وإنارة هذه المماشى بالنور الكهربائى ، وإقامة التماثيل على جانبيها ، كل هذه مصروفات كمالية قصد بها تزيين العين وتجميلها للترفيه . ومن ثم لا يجوز للحائز أن يطالب المالك برد هذه المصروفات . وكل ما يستطيعه هو أن ينزع ما استحدثه من منشآت التزيين والتجميل ، على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى على نفقته . وحتى فى هذه الحالة ، يجوز للمالك أن يطلب استبقاء هذه المنشآت ، على أن يدفع للحائز قيمتها مستحقة الإزالة .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

٣٥٨ – رد المصروفات إلى خلف الحائز : وقد رأينا (١) أن المادة ٩٨١ مدنى تقضى بانه « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فان له أن يطالب بها المسترد » (٢) . فاذا كان الحائز قد أنفق مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية ، ثم نقل العين إلى خلف له ، فأدى هذا الخلف للحائز المصروفات الضرورية بأكملها أو ما يستحق من المصروفات النافعة أو قيمة ما استحدثه الحائز من منشآت كمالية وهى مستحقة الإزالة ، فان المالك إذا استرد العين من خلف الحائز ، وجب عليه أن يرد لهذا الخلف ما أداه الخلف لسلفه .

ويلاحظ أنه إذا أدى الخلف لسلفه مبالغ أكثر مما كان يحق للسلف أن يطالب به المالك ، فان المالك لا يرد للخلف إلا المقدار الذى كان يحق للسلف مطالبته به طبقا للقواعد سالفة الذكر ، وما زاد على هذا المقدار يرجع به الخلف على السلف إن كان هناك وجه للرجوع .

وما قلناه فى الخلف يسرى فى شأن خلف الخلف ، إذا دفع هذا الأخير للخلف مادفعه الخلف للحائز .

٣٥٩ – التيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات وقد رأينا (٣) أن المادة ٩٨٢ مدنى تقضى ، تيسيرا على المالك ، بأن له أن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

(٢) يقول النص : «إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أوحائز سابق» . وهذا النص مقتبس من المادة ٥٤٧ من مشروع التقنين المدنى الإيطالى (الذى أصبح فيما بعد التقنين المدنى الإيطالى الجديد) ، وتجرى هذه المادة على الوجه الآتى :

Le possesseur peut demander une indemnité même pour les frais prévus aux artisles précédents fait par son auteur ou par le possesseur précédents, s'il établit l'avoir renboursé.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥٠ فى الهامش) .

فالمفروض إذن أن يتلقى شخص الحيازة من سلف غير مالك أو من سلف هذا السلف ، لا من المالك نفسه لأن المالك هو الذى يسترد العين ويرد المصروفات . وعلى هذا الوجه يجب تفسير نص المادة ٩٨١ مدنى ، رجوعاً إلى المصدر الذى اقتبست منه . ويؤيد ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ، فهى تقول : «هذا كله لوكان المالك يسترد العين من الحائز الذى أنفق هذه المصروفات ، أما إذا كان يستردها من خلف هذا الحائز ، وكان الخلف قد أدى لسلفه ماأنفق من المصروفات ، فان للخلف أن يطالب المالك بما أداه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٤) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

يطلب من القاضي « أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عنها في المادتين السابقتين ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » . وعلى ذلك يجوز للمالك أن يطلب من القاضي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، « أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء ، كأن ينظره إلى أجل ، أو يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، إذا قدم المالك الضمانات اللازمة (١) » .

وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٩٨٢ مدني يقول في عبارته الأخيرة : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازي فوائده بالسعر القانوني قيمة هذه الأقساط (٢) » . فكان المشروع التمهيدي يقصد إلى أن المالك يجوز له أن يستعيض عن التزامه بتقديم الضمانات اللازمة بتقديم الضمان الأوفى ، وهو أن يقدم مالا يستطيع الحائز أن يسترد من فوائده بالسعر القانوني الأقساط المستحقة له ، حتى إذا ما استوفى الأقساط كلها رد المال إلى المالك . ولكن المشروع التمهيدي عدل في لجنة المراجعة ، فأصبحت العبارة الأخيرة من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٥ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٩٧٠ هامش ١ . – ونص المشروع التمهيدي مقتبس من المادة ٥٤٨ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وتجري على الوجه الآتي :

Sur la demande du débiteur, le juge pourra régler par le moyen qu'il jugera opportun le paiement des indemnités prévues aux articles et établir le remboursement même sous forme d'annuités ou de prestations périodiques avec les garanties nésessaires. Le débiteur peut se libérer de cette obligation en offront la capital évalué à raison de taux légal d'interet.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي جزء ٤ ص ١٥٢ في الهامش) .

واقتباس المشروع التمهيدي من هذا النص جاء غير دقيق فظاهر أن نص المشروع الفرنسي الإيطالي قد قصد إلى أنه يجوز للقاضي أن يجعل الدفع في صورة إيراد سنوي (annuité) . يستطيع المالك أن يتخلص في أي وقت من الالتزام بدفعه بأن يدفع للحائز رأس مال يقدر على أساس أن يكون هذا الإيراد السنوي هو الفائدة بالسعر القانوني لرأس المال الواجب رده . فيكون الالتزام الذي يجوز التخلص منه بدفع رأس المال ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات كما جاء في المشروع التمهيدي ، وليس هو الالتزام برد المصروفات كما قررت لجنة المراجعة ، بل هو الالتزام بدفع الإيراد السنوي . وكان الأفضل استبقاء الحكم كما ورد في المشروع الفرنسي الإيطالي ، لا كما اقتبس في المشروع التمهيدي ، ولا كما عدل في لجنة المراجعة .

المادة ٩٨٢ مدنى تجرى على الوجه الآتى : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » . فتغير معنى النص بهذا التعديل تغيرا جوهريا . وأصبح الالتزام الذى يتحلل منه المالك ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة ، بل الالتزام برد المصروفات . وأصبح المالك يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام الأخير بتعجيل مبلغ يوازى قيمة ما يبقى فى ذمته من الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها . فاذا قسط القاضى على المالك المبلغ الذى يجب عليه دفعه للحائز أقساطا سنوية خمسة مثلا مع تقديم الضمانات اللازمة ، ودفع المالك للحائز القسطين الأولين فى ميعادهما ، ورأى المالك بعد ذلك أنه يستطيع أن يوفى الحائز الأقساط الثلاثة الباقية فورا ، فان القانون يبيح له فى هذه الحالة أن يعجل للحائز مبلغاً يوازى قيمة الأقساط الثلاثة الباقية ، مخصوما منه الفوائد بالسعر القانونى لغاية ميعاد استحقاق كل قسط منها ، وذلك فى نظير التعجيل بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق [1] .

ب – مسئولية الحائز عن هلاك العين أو تلفها

٣٦٠ – *نصوص قانونية* : تنص المادة ٩٨٣ مدنى على ما يأتى :

١ – « إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشىء وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشىء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع » .

---

(١) ولاشك فى أن التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة فى نص المشروع التمهيدى يجعل الحكم أقل غرابة مما كان فى المشروع . فان المشروع كان يقضى بجواز التحلل من الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة عن طريق تعجيل مبلغ جسيم تكفى فوائده بالسعر القانونى للوفاء بالأقساط المستحقة فى ذمة المالك . فاذا كان المالك عاجزاً عن دفع المبلغ المطلوب فوراً ومن أجل ذلك طلب من القاضى التيسير عليه فى الدفع مع تقديم الضمانات اللازمة ، فكيف يتسنى له أن يدفع فوراً ، بدلا من تقديم هذه الضمانات ، مبلغاً أكبر بكثير من المبلغ الذى أعلن أنه عاجز عن دفعه فى الحال إذ أن فوائد المبلغ الأول محسوبة بالسعر القانونى تكفى وحدها لوفاء بجميع الأقساط .

٢ - « ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .

وتنص المادة ٩٨٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الحائز سيء النية ، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث فجائى ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه » [١] .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق . ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٣٤ - ٩٣٥ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٨٧ - ٩٨٨ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٦٨ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل [٢] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية جعلت النص ، تحت رقم ١٠٥٨ فى المشروع النهائى ، مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧) .

م ٩٨٤ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٣٤ - ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٨٧ - ٩٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٨ (تطابق م ٩٨٤ مصرى - ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٩٨٣ مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٥٣٤ فى الهامش : وهذا النص يلزم الحائز سيء النية بأن يتحمل جميع المخاطر فيتحمل تبعة الهلاك ، وعلى ذلك لا يتحمل الحائز حسن النية هذه التبعة) .

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أنه ، فى مسئولية الحائز عن هلاك الشيء أو تلفه ، يجب التمييز بين ما إذا كان الحائز حسن النية فلا يتحمل تبعة هلاك الشيء ، وما إذا كان سيء النية فيتحمل هذه التبعة .

٣٦١ – مسئولية الحائز حسن النية : إذا كان الحائز حسن النية ، ويعتقد أن الشيء مملوك له ، فانه ينتفع به كما ينتفع المالك بملكه . فله أن يستعمله ، وأن يستغله . فاذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، لم يكن مسئولا قبل المالك عن نقص القيمة . وإذا جنى ثماره ، فانه يملكها بالقبض ، ولا يكون مسئولا عن ردها للمالك كما سيأتى . وبالجملة لا يكون مسئولا قبل المالك عن أى تعويض بسبب انتفاعه بالشيء على الوجه المتقدم الذكر . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٩٨٣ مدنى ، كما رأينا [١] ، فى هذا الصدد : « إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . »

أما إذا استهلك الحائز الشيء أو هلك الشيء بخطأه ، فالواجب تطبيق القواعد العامة ، ويكون الحائز مسئولا عن التعويض [٢] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) وقد طبقت القواعد العامة فى أحوال ثلاث مماثلة لحالة الحائز : (الحالة الأولى) حالة دفع غير المستحق ، وقد قررنا فى صددها ما يأتى : «تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى – وقد حذفت عند المراجعة – على ما يأتى : فاذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبى التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيء النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولو تالفاً ، مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . . ويتبين من مفهوم المخالفة فى المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى . أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولا عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه ، وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ» (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩) . (الحالة الثانية) حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى : «أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلا ، بأن هلك المبيع مثلا فى يد المشترى وبخطأ منه ، حكم القاضى بتعويض معادل . فألزم المشترى برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لا على أساس العقد الذى تقرر بطلانه ، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق» (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧) . (الحالة الثالثة) حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد . وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى : «وإذا هلك المبيع وكان المشترى هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبه إذ تعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا . أما إذا كان البائع –

بقي فرض ما إذا كان الشيء قد هلك بسبب أجنبي ، أي بغير خطأ الحائز. وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض ، فقالت كما رأينا [1] : « ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف ». وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « إذا هلك الشيء في يد الحائز حسن النية ، فلا يكون مسئولا عنه ما دام أنه كان يستغله وفقا لما يحسب أنه حق له ، ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض . ويتصل بهذا الحكم حكم من تسلم شيئا وهو حسن النية وتصرف فيه بعوض ، فيجب أن يرد ما قبضه من عوض » [2] . فالقاعدة العامة هي إذن ، في فرض ما إذا هلك الشيء في يد الحائز حسن النية بسبب أجنبي ، ألا يكون الحائز مسئولا عن الهلاك ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك [3] .

= هو الذي يطالب بالفسخ وهلك المبيع في يد المشترى . فان كان الهلاك بخطأ المشترى حكم عليه بالتعويض . وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ .

(٣) وقد طبقت هذه القاعدة العامة في الأحوال الثلاث التي سبق أن استعرضناها في فرض ما إذا كان الهلاك بخطأ الحائز . (ففي الحالة الأولى) وهي حالة دفع غير المستحق ، قررنا ما يأتي : «أما إذا كان (المدفوع له) قد انتفع بالعين الانتفاع العادي ، وفقاً لما يحسبه من حقه ، وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت (بسبب أجنبي) ، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر ، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها . وللدافع في جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آل إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف مادام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا . أما إذا كانت العين قد خرجت من يد المدفوع له إلى يد أخرى ، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدي - وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتي : ١ - من تسلم وهو حسن النية شيئاً معيناً بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عوض أو أن يحول حقه في المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان قد تصرف بغير عوض ، فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق - وإذا أغفلت من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية ، =

٣٦٢ - مسئولية الحائز سيء النية : وإذا كان الحائز سيء النية ، فانه يكون مسئولا قبل المالك عن استعمال الشيء واستغلاله ، فاذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، وجب عليه التعويض . وإذا جني ثمار الشيء ، فانه يلتزم بردها إلى المالك كما سيجيء .

ويكون الحائز سيء النية مسئولا عن هلاك الشيء ، سواء هلك الشيء بخطأه أو بسبب أجنبي . أما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بخطأه ، فترجع إلى هذا الخطأ . وأما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي وبغير خطأه ، فترجع إلى أنه سيء النية في حيازته للشيء . وقد نصت المادة ٩٨٤ مدني صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا (١) : « إذا كان الحائز سيء النية ، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن حادث فجائي ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه » . ويحسن أن يوضع إلى جانب هذا النص نص المادة ٢٠٧ مدني ،

= لم يكن النص فيما بقي منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف في العين معاوضة لم يكن مسئولا قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به . وإذا تصرف في العين تبرعاً ، لم يكن مسئولا عن شيء قبل الدافع » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩ ص ١٣٦٧ وفقرة ٨٤٠ ص ١٣٦٧ - ص ١٣٦٨) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة قاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضي . بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الصورة التي آل إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧ ص ٨٨٥ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « فاذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان ، وجب القول بأن المشتري وقت أن تسلم المبيع ، والعقد قائم لم يفسخ ، كان حسن النية ، فلا يكون مسئولا عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر . وللبائع أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آل إليها ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

ونص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى . وقد حذفت فى لجنة المراجعة « تجنبا للتفصيلات » . أما المادة ٢٠٧ مدنى فتنص على أنه : ١ - إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل . وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن . ٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر . إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة . ٣ - على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فان تبعة الهلاك تقع على السارق » . وكانت المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « فاذا ضاع هذا الشيء أو تلف ، التزم (المدفوع له) برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيء النية . وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف »[1] . وقد قربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بين هذه النصوص الثلاثة — المادة ٩٨٤ مدنى والمادة ٢٠٧ مدنى والمادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى — واستخلصت من هذا التقريب ما يأتى : « إذا كان الحائز سيء النية ، وهلك الشيء فى يده ولو بسبب أجنبي ، فان الحيازة مع سوء النية تعتبر خطأ كافيا لجعله مسئولا عن هلاك الشيء . ويلاحظ وجوب تقريب المادة ٢٥٦ (من المشروع التمهيدى) من المادة ١٣٤٦ (من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٩٨٤ مدنى) ، فهما تعرضان لمسألة واحدة . ومن مجموع هذين النصين يستخلص أن الحائز السيء النية يلتزم برد قيمة الشيء وقت الهلاك أو الضياع أو التلف . وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشيء ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . على أن الحائز لا يكون مسئولا ، إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى لو كان باقيا فى يد من يستحقه ، شأنه فى ذلك شأن المدين بتسليم شيء إذا كان قد أعذر (م ٢/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٢/٢٠٧ مدنى) . على أن الحائز إذا كان قد سرق الشيء يكون مسئولا عن هلاكه ، حتى إذا تبين أنه كان يهلك أيضا لو بقى فى يد المالك

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦١ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ فى الهامش

(م ٣/٢٨٤ من المشروع التمهيدي وقد أصبحت المادة ٣/٢٠٧ مدني) »[1] .

فالقاعدة إذن أن الحائز السيء النية يكون مسئولا عن هلاك الشيء ولو كان الهلاك بسبب أجنبي ، فيرد للمالك قيمة الشيء وقت الهلاك ، وذلك دون إخلال بحق المالك في استرداد الشيء ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . ولا يكون الحائز السيء النية مسئولا عن هلاك الشيء بسبب أجنبي . إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك حتى لو كان باقيا في يد المالك . وذلك ما لم يكن الحائز قد سرق الشيء ، فانه يكون مسئولا عن هلاكه ولو كان الهلاك بسبب أجنبي ، ولو أثبت الحائز أن الشيء كان يهلك حتى لو كان باقيا في يد المالك[2]

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ – ص ٥٢٩ .

(٢) وهذه القواعد قد طبقت في الأحوال الثلاث التي سبق استعراضها . (في الحالة الأولى) وهي حالة دفع غير المستحق ، قررنا ما يأتي : « وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له سيء النية ، التزم برد قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع ، وذلك دون إخلال بحق الدافع في استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدي) . وقد قضت المادة ٩٨٤ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة بالحكم الآتي : إذا كان الحائز سيء النية ، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجيء ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه . ويتبين من ذلك أن المدفوع له سيء النية يكون مسئولا عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة ، ولا يعفيه من المسئولية إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد الدافع — قارن مسئولية السارق ، فان الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لو بقي في يد مالكه ، فان تبعة الهلاك تقع على السارق في جميع الأحوال (م ٣/٢٠٧ مدني) . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطأه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ . وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سيء النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من المشروع التمهيدي على ما يأتي : ١ — من تسلم ولو بحسن نية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده ، وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى . على أنه يجوز لمن تسلم هذا الشيء أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله في المطالبة بهذا العوض . ٢ — فاذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير عوض ، ولم يقم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق — والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إغفالها ما دامت قد حذفت من المشروع التمهيدي. وتبقى الفقرة الأولى وهي تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له سيء النية ، إذا

الفرع الثانى

الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية

٣٦٣ – متى تكون الحيازة سببا لكسب الملكية: بعد أن فرغنا من الكلام فى الحيازة بوجه عام ، ننتقل إلى الكلام فيها باعتبارها سببا لكسب الملكية . وهى على هذا الاعتبار تدخل ضمن أسباب كسب الملكية التى هى موضوع البحث .

وقد قدمنا أن الحيازة إذا وقعت على منقول لا مالك له ، كان هذا استيلاء يكسب الحائز ملكية المنقول . وقد سبق الكلام فى الاستيلاء تفصيلا ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

أما إذا وقعت الحيازة على شىء له مالك ، فإنها تكسب الحائز ملكية هذا الشىء ، إما بالتقادم الطويل فى العقار والمنقول ، أو بالتقادم القصير فى العقار وحده ، أو بمجرد الحيازة فى المنقول وحده ، أو بالقبض فى تملك الثمار .

٣٦٤ – التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية: ويجب فى الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية . التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية .

= تصرف فى العين مدفوعة ، كان ملتزماً قبل الدافع برد العين إليه . ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذى تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين والعوض الذى أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً ، فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له» (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٤٤ وفقرة ٨٤٥ ص١٣٧٢) . (وفى الحالة الثانية) وهى حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، قررنا ما يأتى : «أما إذا كان المشترى سىء النية ، أى يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد البائع (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧ ص ٥٨٨ هامش ٤) . (وفى الحالة الثالثة) وهى حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتى : «وإذا استبقى المشترى المبيع فى يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فأصبح سىء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبى ، وجب على المشترى أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدنى) . وهذا هو الحكم فى استرداد ما دفع دون حق إذا هلك فى يد من تسلمه وهو سىء النية » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٥ هامش ١) .

فالحيازة بسوء نية تكون سببا لكسب الملكية ، فى العقار والمنقول على السواء ، بالتقادم الطويل .

والحيازة بحسن نية تكون سببا : (١) لكسب ملكية العقار ، بالتقادم القصير . (٢) ولكسب ملكية المنقول ، بمجرد الحيازة إذ أن الحيازة فى المنقول سند الملكية . (٣) ولكسب ملكية الثمار ، بمجرد قبضها أى حيازتها [1].

فنستعرض فى مبحثين الحيازة بسوء نية ، والحيازة بحسن نية ، باعتبار أن كلا منهما سبب لكسب الملكية .

المبحث الأول

الحيازة بسوء نية باعتبارها سببا لكسب الملكية

(التقادم المكسب الطويل فى العقار والمنقول)

٣٦٥ ـ التقادم المكسب والتقادم المسقط والفروق بينهما : قدمنا ، عند الكلام فى التقادم المسقط فى أسباب انقضاء الالتزام [2] ، أن الفروق ما بين التقادم المكسب (prescription aequisitive, usucapion) والتقادم المسقط (prescription extinctive) فروق واضحة . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والحقوق العينية (فيما عدا حق الملكية) على السواء ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة . أما التقادم المكسب ، ونقترن به الحيازة دائما ، فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية ـ دون الحقوق الشخصية ـ بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة .

والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فاذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «والحيازة من حيث الآثار التى تترتب عليها تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل ، فى العقار والمنقول . فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول فى الحال ، ويملك الحائز فى كل الفروض ثمار العين إذا كان حسن النية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٧) .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٩١ .

المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب .

ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية . إذ الحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملكه فيها الحائز سيء النية . أما في التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية . والمدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعا لطبيعة هذا الحق . لا تبعا لثبوت حسن النية أو انتفائه .

٣٦٦ – القواعد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المسقط .

نص قانوني : تنص المادة ٩٧٣ مدني على ما يأتي :

« تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة . ووقف التقادم وانقطاعه . والتمسك به أمام القضاء ، والتنازل عنه ، والاتفاق على تعديل المدة : وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . ومع مراعاة الأحكام الآتية »[١] .

ونخلص من النص سالف الذكر آنه . بالرغم من أن هناك فروقا واضحة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط أجملناها فيما تقدم . توجد مع ذلك قواعد مشتركة كثيرة تجمع بما بين النوعين من التقادم . وسنبين تفصيلا فيما يلي هذه القواعد المشتركة . وحسبنا هنا أن نجملها فيما يأتي :

١ – حساب المدة : ويدخل في ذلك بدء سريان التقادم . وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادتان ٣٨٠ و ٣٨١ مدني ، وهما يسريان على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٤ – ص ٥٠٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الاحكام كانت معمولا بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٢ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل

التقادم المكسب فيما لا تتعارضان فيه مع طبيعة هذا التقادم . أما المادة ٣٨٠ مدنى فلا تتعارض فى شئ مع طبيعة التقادم المكسب . ومن ثم تسرى عليه ، وهى تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . وأما المادة ٣٨١ مدنى وهى الخاصة ببدء سريان التقادم المسقط ، ففى عدم تعارضها مع طبيعة التقادم المكسب تفصيل سنبينه فى مكانه .

٢ – وقف التقادم وانقطاعه : ففيما يتعلق بوقف التقادم ، ورد فى التقادم المسقط المادة ١/٣٨٢ مدنى ، وهى تسرى على التقادم المكسب أيضا ، وتجرى على الوجه الآتى : « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » . أما المادة ٢/٣٨٢ مدنى ، وهى أيضا متعلقة بوقف التقادم المسقط ، فتجرى على الوجه الآتى : « ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق كل من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » . ويؤخذ من هذا النص أن التقادم المسقط لا يوقف ، ولو وجد سبب لوقفه ، إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . أما التقادم المكسب ، فمتى وجد سبب لوقفه فإنه يوقف ، حتى لو لم تزد مدته على خمس سنوات كما هو الأمر فى التقادم المكسب القصير . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدنى على ذلك صراحة ، إذ تقول : « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » ، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا فى مكانها . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، ورد فى التقادم المسقط المواد ٣٨٣ – ٣٨٥ مدنى تبين أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وما فى حكمها وباقرار المدين بحق الدائن ، وتذكر حكم انقطاع التقادم وأن تقادما جديدا يبدأ ساريا من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وكل هذه الأحكام تسرى على التقادم المكسب ، ويزيد التقادم المكسب سببا آخر للانقطاع يستعصى على طبيعة التقادم المسقط ، وهو تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير (م ٩٧٥ مدنى) . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فى المكان المناسب .

٣ — التمسك بالتقادم أمام القضاء : وقد ورد فى هذا الشأن فى التقادم المسقط المادة ٣٨٧ مدنى . وتوجب على ذى الشأن أن يتمسك بالتقادم المسقط أمام القضاء ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بهذا التقادم من تلقاء نفسها . وهذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم يسرى عليه . وسيأتى تفصيل ذلك فى مكانه .

٤ — التنازل عن التقادم والاتفاق على تعديل المدة : وقد ورد فى هذا الشأن فى التقادم المسقط المادة ٣٨٨ مدنى . وهى تقضى بأنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون . ولما كان هذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب، فإنه يسرى عليه. وسنبين ذلك تفصيلا فى المكان المناسب[1] .

٣٦٧ — الاعتبارات العملية التى قام عليها التقادم المكسب: قدمنا فى التقادم المسقط[2] أن هذا النوع من التقادم يرتكز على اعتبارات عملية تقوم على استقرار التعامل . ويكفى أن نتصور مجتمعا لم يدخل التقادم فى نظمه القانونية لندرك إلى أى حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار فاذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التى مضت على استحقاقه . وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلا وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لا نهاية له حتى يستطيع إبرازها فى أى وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين . أليس واجبا لاستقرار التعامل أن يفترض فى الدائن الذى سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما نحن بصدده : «وقواعد التقادم المكسب هى نفس قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق باحتساب المدة ، وفيما يتعلق بوقف التقادم إلا أن التقادم المكسب يوقف أيا كانت مدته أما التقادم المسقط فلا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . . . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعاً طبيعياً إذا فقد الحائز الحيازة ولم يستردها أو يرفع الدعوى باستردادها فى خلال سنة ، ولا يتصور هذا الانقطاع الطبيعى فى التقادم المسقط ، وفيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء وجواز التنازل عنه والاتفاق على تعديل مدته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٧ — ص ٥٠٨) .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٩٢

أو فى القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التى مضى عليها من الزمن ما يكفى للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة . ولا بد من تحديد وقت ما إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضا بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاق المدين بجعله معرضا للمطالبة وقتا أطول مما يجب ، ولا مباغتة الدائن باسقاط حقه فى وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع المصرى خمسة عشر عاما ، وهى المدة التى لا يجوز بعدها سماع الدعوى فى الفقه الإسلامى . فإذا انقضت المدة التى يتم بها التقادم، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلا ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغتة المدين بعد ذلك بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذى لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية .

هذا فيما يتعلق بالتقادم المسقط والاعتبارات العملية التى قام عليها هذا النوع من التقادم . أما فيما يتعلق بالتقادم المكسب ، وبأنه يقوم هو الآخر على اعتبارات عملية لا تقل فى الأهمية عن تلك التى قام عليها التقادم المسقط ، ففى البلاد التى لا يوجد فيها سجل عينى يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، يصبح التقادم المكسب ضرورة لا مندوحة عنها فى إثبات هذه الحقوق . ذلك بأنه لو اعتمدنا فى إثبات الملكية على انتقالها من مالك إلى آخر ، لوجب إثبات أن من تلقى الملكية تلقاها من مالك ، وأن هذا قد تلقاها من مالك قبله : وهذا أيضا تلقاها من مالك عن مالك عن مالك ، إلى ما لا نهاية . وهذا دليل يتعذر تقديمه ، وإذا لم يكن هناك سجل عينى يكون القيد فيه هو الدليل المطلق على الملكية ، فلا بد من الوقوف عند حد زمنى إذا أثبت الشخص أنه حاز فى خلاله العين دون انقطاع فإنه يكون بذلك قد قام الدليل على ملكيته للعين بحيازتها طوال هذه المدة ، وهذا هو التقادم المكسب .

فالتقادم المكسب إذن هو أهم دليل من الناحية العملية على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وبه يستقر التعامل ويأمن من يتعامل مع حائز العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك [١] . ويكفى فى ذلك أن يكون الحائز للعين قد بقى حائزا لها المدة الواجبة للتملك بالتقادم المكسب ، وهى فى الغالب خمس عشرة سنة .

وإلى جانب أن التقادم المكسب يقوم دليلا عمليا على الملكية ، يوجد لهذا النوع من التقادم مهمة اجتماعية أخرى. فبفضله يصبح الوضع الفعلى مطابقا للوضع القانونى ، ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل ، وتنقلب الحيازة وهى مجرد وضع فعلى واقع إلى ملكية وهى وضع قانونى مشروع . وبذلك تستقر الأوضاع الفعلية بعد أن انقلبت إلى أوضاع قانونية ، ويطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز للعين ، إذ يعلمون أن الحيازة إذا دامت مدة معينة انقلبت إلى ملكية . وإذا صح أن يقع أن الحائز للعين يكون قد اغتصبها وظل حائزا لها حتى تملكها بالتقادم ، فإن هذا إنما يقع فى ظروف قليلة ، والضرر الذى ينجم عنه لا يعدل الفائدة التى تعود على المجتمع من استقرار الأوضاع الناجم عن التقادم المكسب على النحو الذى أشرنا إليه . على أنه حتى فى هذا الفرض الأخير ، لا يمكن أن يسلم المالك للعين المغتصبة ، الذى سكت على هذا الاغتصاب مدة طويلة تصل إلى خمس عشرة سنة وقد تزيد بما يعتورهذه المدة من أسباب وقف وانقطاع ، من تهمة الإهمال الذى لا مبرر له . وبين مالك مهمل يترك ما يملكه فى أيدى الناس دون أن يقوم على رعايته واستغلاله ، وحائز نشيط يقوم على استغلال العين ويرعاها رعاية المالك لملكه ، الحائز دون ريب هو الأولى بالرعاية [٢] .

٣٦٨ - *لمحة تاريخية* : يرجع التقادم المكسب فى أصله إلى القانون الرومانى ، وقد سبق ظهوره فى هذا القانون ظهور التقادم المسقط بمدة طويلة [٣] . ويصعد فى أصوله الأولى إلى الألواح الاثنى عشر ، وكانت

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٨٨ ص ٦٩٨ .

(٣) أنظر فى تاريخ التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٥٩٣ .

مدده قصيرة لا تجاوز العام أو العامين ، فقد كانت الأعيان فى روما محدودة وأصحابها لا يكادون يبرحونها . فكانت هذه المدد القصيرة كافية لإشعارهم بأى اغتصاب يقع على أراضيهم ، فيبادرون إلى منعه ويقطعون بذلك مدة التقادم .

وبدأ التقادم المكسب فى روما يؤدى مهمتين متميزتين إحداهما عن الأخرى المهمة الأولى هى تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة . إذ كانت هذه الملكية الرومانية كثيرة التعقيد زاخرة بالأشكال والأوضاع الرومانية . فإذا لم تستكمل هذه الأوضاع ، وكثيرا ما كانت لا تستكملها ، أغنى عنها حيازة لمدة قصيرة ينقلب عند انتهائها حق الحائز إلى حق ملكية قانونية (dominium ex jure quiritium) .[1] والمهمة الثانية التى كان التقادم المكسب يقوم بها هى علاج مركز من يتعامل مع غير المالك . فلا تنتقل إليه الملكية بداهة ، فيأتى التقادم المكسب لنجدته بأن ينقل إليه الملكية بعد حيازة العين لمدة قصيرة ، إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح . وبذلك كان التقادم المكسب فى كل من هاتين المهمتين ، يضع حدا لتزعزع الملكية وعدم استقرارها ، وتنقلب به الحيازة إلى ملكية قانونية صحيحة . ولكنه كان لا يسرى إلا على الأشياء القابلة للملكية الرومانية(propiété quiritaire) ، وعلى الرومان دون الأجانب. أما الأراضى التى فى الأقاليم (fonds provinciaux) ، فكان هذا النوع من التقادم لا يسرى عليها . فأدخل البريطور الرومانى ، إلى جانب هذا النوع من التقادم المكسب (usucapio) ، نوعا آخر من التقادم المكسب (praescriptio longi temporis) يسرى على أراضى الأقاليم وعلى الأجانب . واشترط لإعماله أن يكون الحائز حسن النية ومعه سبب صحيح ، وجعل مدة التقادم عشر سنوات إذا كان الحائز والمالك الحقيقى يقيمان معاً فى إقليم واحد ، وعشرين سنة إذا كانا يقيمان فى إقليمين مختلفين . وبدأ هذا التقادم البريطورى بأن يكون دفعا ضد دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك . ثم انتهى إلى أن يكون دفعا ودعوى فى وقت واحد . فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق . كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٤ .

ولمازالت الفروق بين الأشياء الرومانية (res mancipi) والأشياء غير الرومانية . وبين الأراضى الإيطالية وأراضى الأقاليم ، وبين المواطن الرومانى والأجنبى . اندمج النوعان من التقادم المكسب أحدهما فى الآخر . وخلص من هذا الاندماج نظام مشترك . مدته عشر سنوات أو عشرون سنة فى العقار وثلاث سنوات فى المنقول .

ثم أنشأ القانون البيزنطى (قانون الامبراطور ثيودوس سنة ٤٢٤) . إلى جانب هذا النظام المشترك . نظاما جديدا هو التقادم المكسب الطويل (pæscriptio longissimi temporis) مدته ثلاثون سنة . ويغنى بطول مدته هذه عن اشتراط حسن النية والسبب الصحيح . وزادت المدة إلى أربعين سنة بالنسبة إلى أموال الخزانة العامة وأموال الإمبراطور وأموال الكنائس والمؤسسات الدينية ، ثم زادت إلى مائة سنة بالنسبة إلى أموال الكنيسة. وخلط جوستنيان فى مجموعاته بين التقادم المكسب والتقادم المسقط . وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، وكان مصدرا لكثير من الاضطراب والتشويش فى تفهم أحكام التقادم ، سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الفرنسى .

وأخذ التقادم المكسب الذى عرفه القانون الرومانى على النحو سالف الذكر طريقه إلى القانون الفرنسى القديم ، وبخاصة فى الجنوب بلاد القانون المكتوب (pays de droit écrit) . على أن العادات الجرمانية والأوامر الملكية عدلت من أحكام القانون الرومانى ، وأثر القانون الكنسى (droit canonique) بوجه خاص على هذه الأحكام . وكان القانون الكنسى ينظر إلى التقادم بوجه عام نظرة استنكار . ويستعصى عليه أن يسلم أن شخصا لا يملك الحق يصبح مالكا له بالتقادم ، ويرى فى ذلك ضربا من تحليل الغصب وجعله مشروعا . فقلب التقادم الرومانى من أن يكون قائما على أساس استقرار التعامل . إلى أن يكون قائما على أساس أنه الدليل على وجود الحق حيث تتعذر إقامة الدليل . وتوسع كثيرا فى أسباب وقف التقادم ، واشترط حسن النية فى الحائز طوال مدة حيازته فلا يكفى حسن النية وقت بدء الحيازة . ومنحت امتيازات خاصة لبعض الأموال فأصبحت غير قابلة للتملك بالتقادم أو أطيلت مدة التقادم فيها . من ذلك أموال الكنيسة وأموال التاج وأموال الطوائف المهنية .

وقد أخذ التقنين المدنى الفرنسى نظام التقادم من هذه المصادر جميعا ، نقلا عن Dunod وعن Domat ، وجعل القانون الرومانى هو الأساس ، مع تعديله بالعادات الجرمانية وبالأوامر الملكية وبالقانون الكنسى . ولكن واضعى التقنين المدنى الفرنسى بسطوا من قواعد التقادم ، وأرجعوها إلى أصلها الرومانى ، وألغوا الامتيازات الخاصة التى تمتعت بها بعض الأموال من ناحية قابليتها للتملك بالتقادم فيما سلف ذكره (١) .

٣٦٩ – تقسيم الموضوع : ونجعل بحثنا للتقادم المكسب الطويل فى مطلبين (١) كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل . (٢) إعمال التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه .

المطلب الأول
كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل

٣٧٠ – شروط تحقق التقادم المكسب الطويل : حتى يتحقق التقادم المكسب الطويل ، يجب أولا أن يكون هناك حق يمكن كسبه بهذا النوع من التقادم فيحوزه الشخص حيازة تتوافر فيها الشروط ، ويجب ثانيا أن تتم مدة التقادم فتدوم هذه الحيازة خمس عشرة سنة كاملة ، ويجب ثالثا ألا يوقف التقادم وألا ينقطع .

§ ١ – الحقوق التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل

٣٧١ – نص قانونى : تنص المادة ٩٦٨ مدنى على ما يأتى :

« من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » (٢) .

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٣ . فقرة ٢٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض مستشارى محكمة النقض حذف كلمة «منقول» الواردة فى النص لأن التقادم المكسب –

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٢/٧٦ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩١٧و٩١٩و٩٢٥و٩٢٦ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٧٢ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١/١١٥٨ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٥ — ٢٥٧ و ٢٦٠(٢) .

= غير لازم إلا فى العقار ، ورأوا أيضاً أن الحيازة بشروطها ومدتها هى قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك للحائز ومن ثم يجب حذف التقادم المكسب من بين أسباب كسب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . ففيما يتعلق بالجزء الأول منه ، لا يمكن حذف كلمة « منقول » لأن المقصود تملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل فى حالة ما إذا كان الحائز سيء النية ، وفى هذا يستوى العقار والمنقول ، وبديهى أن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لا تنطبق على هذه الحالة . أما فيما يتعلق بالجزء الثانى من الاقتراح ، فالملاحظة تنطوى على نظرة فقهية ، وقد آثرت اللجنة أن يحتفظ المشروع بالطابع التقليدى فى هذه الناحية لأنه يجنب التقنين حرج الفصل فى مسائل ينبغى أن يظل الاجتهاد فيها طليقاً من كل قيد . على أنه لوصح وجوب إضافة جميع القرائن القانونية إلى باب الإثبات ، لامتلأ هذا الباب بمسائل لم تجر العادة أن يتضمنها ، ويكفى أن يشار فى هذا الصدد إلى مسئولية المتبوع عن التابع وإلى المسئولية عن الحيوان . وقد وافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٩٦٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩١ — ص ٤٩٤) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٧٦ / ١٠٢ : تحصل ملكية العقارات والحقوق لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . فإذا لم يوجد ذلك السبب ، لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة . (وحكم التقنين المدنى السابق هو حكم التقنين المدنى الجديد ، ويلاحظ أن التقنين المدنى السابق قد أغفل ذكر المنقول فلم يدخله ضمن الأموال الجائز تملكها بالتقادم المكسب الطويل إذا كان الحائز سيء النية) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩١٧ (موافق مع ملاحظة أن التقادم المكسب لايسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل فى السجل العقارى) — م ٩١٩ : يكتسب حق تسجيل التصرف فى الأراضى الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيازة بسند أو بغير سند ، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض .

م ٩٢٥ : لايسرى التقادم على الحقوق المقيدة فى السجل العقارى أو التى هى تحت إدارة أملاك الدولة .

م ٩٢٦ : لا يكتسب بالتقادم أى حق على العقارات المتروكة والمحمية والمرفقة .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٢ (مطابق)

=

ويخلص من هذا النص أن الحقوق العينية وحدها . وعلى رأسها حق الملكية ، فى العقار وفى المنقول على السواء ، هى التى يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل ، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم . وليس كل حق عينى قابلا للتملك بالتقادم ، بل يجب أن يكون هذا الحق قابلا للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم . ويجب فوق ذلك أن يكون حقا من الحقوق التى تقبل الخضوع للحيازة ، ويستدعى ذلك أن نعرض لأنواع خاصة من الأموال ، هى أموال الدولة العامة والخاصة وأموال الوقف وحق الإرث . ثم إن الحق الذى يراد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، إذا استوفى الشروط سالفة الذكر ، يجب أن يكون فى حيازة الشخص الذى يريد تملكه ، وأن تكون هذه الحيازة مستوفية لعنصريها المادى والمعنوى . وأن تكون خالية من العيوب . فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٧٢ - الحقوق العينية وحدها دون الحقوق الشخصية هى التى يمكن تملكها بالتقادم : وأول الحقوق العينية التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل هو حق الملكية ، ويستوى فى ذلك العقار والمنقول . ولا يعترض ، بالنسبة إلى المنقول ، بأنه يملك بمجرد الحيازة ، فمحل ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح . أما إذا لم تقترن الحيازة بحسن النية أو لم تكن مصحوبة بالسبب الصحيح ، فالمنقول والعقار سيان ، كلاهما

= التقنين المدنى العراقى م ١١٥٨/١ (موافق مع ملاحظة أن التقادم لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل فى دائرة الطابو) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٥ : لا يسرى مرور الزمن على الحقوق المقيدة فى السجل العقارى أو الخاضعة لإدارة أملاك الدولة .

م ٢٥٦ : لا يكتسب بمرور الزمن حق البتة على العقارات المتروكة والمحمية والمرفقة .

م ٢٥٧ : يكتسب حق القيد فى السجل العقارى فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة فى السجل العقارى ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محق . وإذا لم يكن لديه سبب محق ، فمدة خمس عشرة سنة .

م ٢٦٠ : يكتسب حق قيد التصرف بالأراضى الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بغير سند ، شرطا أن يكون واضع اليد قائما بزراعة الأرض .

(ونصوص القانون اللبنانى تتفق مع نصوص التقنين السورى) .

لا يملك إلا بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة[1] . وعلى ذلك يكون قابلا للتملك بالتقادم العقار . ويدخل فى ذلك الأرض زراعية كانت أو أرضا فضاء ، وكل ما تنبته الأرض من ثمر ومحصول وزرع ، وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل ، وكل ما يقام على الأرض من مبان ومنشآت كالمساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والمخازن والمخابئ والجاراجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التى تشيد فوق سطح الأرض ، أو تشيد فى باطنها كالأنفاق والمجارى والآبار والمواسير والأنابيب المدفونة فى باطن الأرض . ويكون قابلا للتملك بالتقادم المنقول . ويدخل فى ذلك العروض والمكيلات والموزونات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات والسفن والعوامات والذهبيات والطيارات وأكشاك الاستحمام وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة والأكشاك الخشبية والمبانى التى تقام مدة الأعياد والموالد إذا لم تثبت فى الأرض .

وكما تكسب الملكية فى العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل ، كذلك يكسب بهذا التقادم كل حق عينى آخر . فتكسب الملكية الشائعة فى العقار والمنقول ، وملكية الرقبة فى العقار والمنقول ، وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى فى العقار والمنقول ، وحق الارتفاق الظاهر ، وحق الحكر القائم على أرض غير موقوفة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد ، وحق الرهن الحيازى فى العقار والمنقول .

أما الحقوق الشخصية (créances) فلا تكسب بالتقادم المكسب ، ولكنها تنقضى بالتقادم المسقط . ولا يكسب الحق الشخصى بالتقادم حتى لو كان قابلا للحيازة ، كما هو شأن حق المستأجر فالمستأجر إذا كان يحوز حقه كمستأجر إلا أن حيازته هذه لا تؤدى به إلى كسب هذا الحق بالتقادم المكسب ، وإن كانت تصلح لأن تحمى بجميع دعاوى الحيازة ، وقد سبق بيان ذلك . وهناك حقوق شخصية تتجسد فى سنداتها وتصبح هى والسند شيئا واحدا . وهذه هى

---

(١) انظر ما دار فى هذا الشأن من المناقشة فى لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٩٩٢ فى الهامش .

السندات لحاملها (titres au porteur) ، فهذه تعامل معاملة المنقول المادى ، ومن ثم يجوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية .

٣٧٣ – وجوب أن يكون الحق العيني قابلا للتعامل فيه وقابلا للحيازة :
وليس كل حق عيني – ونقف هنا عند حق الملكية فى العقار والمنقول لأنه هو موضوع البحث فى أسباب كسب الملكية – يمكن كسبه بالتقادم . بل يجب أن يكون العقار أو المنقول قابلا للتعامل فيه ، وقابلا للحيازة[1] .

أما أن العقار أو المنقول يجب أن يكون قابلا للتعامل فيه (dans le commerce) فذلك واضح ، لأن مالا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم . والشيء لا يكون قابلا للتعامل فيه ، كما قدمنا عند الكلام فى محل الالتزام [2] ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشيء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر [3] . وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له . فالملك العام لا يصح التعامل فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه ومع جواز تملكه بالتقادم . وقد يكون الشيء

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بأن الأموال التى اعترف القانون المدنى بها أربعة أنواع ، وهي الملك والوقف والمباح والمخصص للمنفعة العامة . والذى يستفاد من أحكام هذا القانون أن قواعد التملك بمضى المدة لا شأن لها لا بالوقف ولا بالمخصص للمنفعة العامة ، بل وليس لها باعتبار النصوص عند وضع القانون سنة ١٨٨٣ شأن بالأراضى المباحة . وكل ماتنطبق عليه باعتبار تلك النصوص إنما هو النوع الأول من الأموال ، وهو الملك (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) .

(٢) أنظر الوسيط ١ فقرة ٢٢٧ .

(٣) ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته . وقد يصبح التعامل ممكناً فى هذه الأشياء من بعض النواحى ، فأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافى ، والهواء يستعمله الكيمائى فى أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للامتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحى الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلا للالتزام . وإذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مباح ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر ، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه .

غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشيء يكون مبنيا على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أولهما معاً . ومن أمثلة الأشياء التى لا يجوز التعامل فيها لمخالفة ذلك للنظام العام أو للآداب ، ومن ثم لا يجوز تملكها بالتقادم ، الأهلية والحالة المدنية والمخدرات والحشيش وبيوت العهارة وبيوت المقامرة . والأصل أن الشيء الذى لا يجوز التعامل فيه لا يكون قابلا للتصرف فيه وغير قابل للتملك بالتقادم . وعلى ذلك يكون الشيء غير القابل للتصرف فيه لا يقبل فى العادة التملك بالتقادم . ولكن توجد استثناءات لهذه القاعدة . فهناك أشياء غير قابلة للتصرف فيها ، ومع ذلك يجوز تملكها بالتقادم . من ذلك الوقف الأهلى ، فقد كان قبل الغائه غير قابل للتصرف فيه ، وكان مع ذلك يجوز تملكه بالتقادم مدة ثلاث وثلاثين سنة . ومن ذلك أيضا العين غير القابلة للتصرف فيها بموجب شرط مانع من التصرف يتضمنه عقد أو وصية ، فهذه العين لا يجوز التصرف فيها وهى مع ذلك قابلة بالتقادم المكسب الطويل [١] وعلى العكس من ذلك ، قد يكون الشيء قابلا للتصرف فيه ، ومع هذا لا يجوز تملكه بالتقادم . من ذلك الارتفاقات غير الظاهرة ، فهذه يجوز التصرف فيها مع العقار المرتفق ولكن لا يجوز تملكها بالتقادم (م١٠١٦/ ٢ مدنى) . ومن ذلك أيضا أملاك الدولة الخاصة ، فهذه يجوز التصرف فيها ومع ذلك لا يجوز تملكها بالتقادم (قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) .

ولا يكفى أن يكون العقار أو المنقول قابلا للتعامل فيه حتى يكون قابلا للتملك بالتقادم ، بل يجب أيضا أن يكون قابلا للحيازة إذ التملك بالتقادم يفترض أن الشيء قد خضع للحيازة مدة طويلة . والأصل أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون أيضا قابلا للحيازة ، ولكن ذلك ليس حتما فقد يوجد شيء قابل للتعامل فيه ومع ذلك لا يكون قابلا للحيازة . فالمجموع من المال (universalité) كالتركة لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعا ، ومع ذلك يكون قابلا للتعامل

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٢٠ ص ٥٢٠ .

فيه . ومن ثم لا تكون التركة كمجموع من المال قابلة للتملك بالتقادم ، إذ هى - وإن كانت قابلة للتعامل فيها ، غير قابلة للحيازة .

ونطبق ماقدمناه على الأموال العامة (الدومين العام) ، وعلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة (الدومين الخاص) ، وعلى الوقف ، وعلى حق الإرث .

٣٧٤ - الأموال العامة « الدومين العام » : لما كانت الأموال العامة غير قابلة فى الأصل للتعامل فيها وذلك بالنظر إلى الغرض الذى خصصت له إذ هى مخصصة لمنفعة عامة ، لذلك لا يجوز تملكها بالتقادم . وقد نصت المادة ٢/٨٧ مدنى ، تأكيدا لذلك ، على أن الأموال العامة « لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » .

فهذه قيود ثلاثة تحيط بالأموال العامة لحمايتها : عدم جواز التصرف وعدم جواز الحجز وعدم جواز التملك بالتقادم . وأهم هذه القيود الثلاثة هو قيد عدم جواز التملك بالتقادم ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز . وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد [1] : « ووجه ذلك واضح ، فانه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإدارى يعمد إلى التصرف فى الشىء العام الا إذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك يندر أن يقدم دائن للشخص الإدارى على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإدارى يكون عادة موسرا فلا يكون دائنه فى حاجة إلى التنفيذ الجبرى على ماله . وإنما الخشية كل الخشية هى فى أن تعتدى الأفراد على الشىء العام بوضع اليد عليه أملا فى أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم سد القانون هذا الباب فى أوجه المعتدين ، وحرم تملك الشىء العام بالتقادم. كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة . وإذا كان الشخص الإدارى يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمى حيازته ، فان الأفراد لا يحمون فى حيازتهم للشىء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها» [2].

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٦ ص ١٥٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد على الأموال العامة ، مهما طالت مدته ، لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة (وعندما كان جائزا كسب أموال الدولة الخاصة بالتقادم) . ولا يعتبر وضع اليد على مال عام مدة خمس عشرة سنة ، بغير منازعة من الحكومة ، سبباً يزيل عن هذا المال صفته بأنه مال عام لا يجوز كسبه بالتقادم (نقض مدنى ٢١ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٤ ص ٩٠٨) .

٣٧٥ – الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخص العام « الدومين الخاص » – نص قانونى : تنص المادة ٩٧٠ مدنى (المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وبالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩) على ما يأتى :

١ – « فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

٢ – « ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – وفى جميع الأحوال ، لاتكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ – وليس للوقف أن يكسب حقاً بالتقادم» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية من المادة «ليترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٧ – ص ٤٩٩) .

ثم صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٩٧٠ على الوجه الآتى : « ١ – فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ – ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم » . وصدر بعد ذلك القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ يضيف العبارة الآتية فى آخر الفقرة الثانية : «كما لا يجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة» . فأصبح النص بهذين التعديلين مطابقاً لما استقر عليه أخيراً .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية كانت تنص على ما يأتى : «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة ، مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها ، إلا فى الإرث والوقف فانه لايمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى ، وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة » . (والتقادم هنا ليس تقادماً مكسباً ، بل هو ليس تقادماً مسقطاً ، وإنما هو دفع بعدم جواز سماع الدعوى على النحو الذى عرف أخيراً فى الفقه الإسلامى) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويؤخذ من الفقرة الثانية من النص سالف الذكر أن الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهى الأموال المعروفة باسم « الدومين الخاص » ، لا يجوز كسب ملكيتها ولا كسب أى حق عينى آخر عليها كحق ارتفاق ، بالتقادم المكسب . وهذا حكم جديد لا سابقة له فى التشريع المصرى ، استحدثه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، مخالفا فى ذلك التقاليد التشريعية المصرية ، وراجعا بنا إلى أيام القانون الفرنسى القديم حيث كانت تكثر الامتيازات الخاصة التى تمنح لأملاك الدولة وأملاك الكنيسة وغيرها من أملاك الطوائف المهنية فتجعل غير قابلة للتملك بالتقادم (١) . ذلك بأن حق الدولة فى الأشياء المملوكة لها ملكية خاصة هو حق ملكية مدنية محضة ، وشأن الدولة فى تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد فى تملك المال الخاص ، وتملك الدولة الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة . وقد كان أهم فرق عملى بين الملك العام والملك الخاص أن الملك العام لا يجوز تملكه بالتقادم ، أما الملك الخاص فيجوز تملكه بهذا الطريق .

وقد كان الأفراد يضعون أيديهم على بعض أملاك الدولة الخاصة ، وتنقضى المدة اللازمة للتقادم ، فيتملكونها بوضع اليد . وقد رأت الحكومة أخيرا أن فى ذلك خطرا على أملاكها الخاصة ، فهى مشتتة فى أنحاء البلاد ، ولا تستطيع فى كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد فى الوقت المناسب . على أن هذا الخطر يتضاءل ، إذا قيس بما رأته الحكومة من علاج لدفعه ، وهو تقرير عدم قابلية الأملاك الخاصة للتملك بالتقادم ، وما ينجم عن ذلك من تزعزع فى المعاملات وعدم استقرار فى الملكية . ذلك بأن الحكومة ، إذا تعرضت فى أملاكها الخاصة لبعض ضروب من الغصب تحرمها مع تطاول الزمن من بعض هذه الأملاك ، يجب أن تسلم أن تعامل الناس فى هذه الأملاك الخاصة

= التقنين المدنى السورى م ١٠٠٢ : لا يكتسب بالتقادم أى حق على العقارات الوقفية المستغلة مسجداً أو كنيسة أو كناساً أو مستشفيات أو معهداً تعليمياً أو المخصصة لاستعمال العموم .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٤ : فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ .

لا يستقر ولا يؤمن جانبه إلا إذا أحيط بسياج من قابلية الملك الخاص لتملك بالتقادم ، فعند ذلك فقط يستطيع من يتعامل مع الحائز الذى دامت حيازته خمس عشرة سنة أن يطمئن إلى هذا التعامل ، حتى لو ثبت بعد ذلك أن الملك الذى تعامل فيه مع الحائز هو ملك خاص للدولة . وعلى الحكومة ، من جانبها ، أن تحكم طرق الرقابة والإشراف على أملاكها الخاصة ، حتى تقلل من فرص الاعتداء على هذه الأملاك إلى أدنى حد ممكن .

ومهما يكن من أمر ، فقد انحرفت الحكومة عن القاعدة العامة التى تقضى بقابلية الملك الخاص للتملك بالتقادم ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم (القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) [١] . وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عينى عليه ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازى [٢] .

ويلاحظ — كما سبق أن قررنا فى الجزء الثامن من الوسيط [٣] — أن أملاك الدولة الخاصة التى تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم [٤] ، إذ ليس للقانون سالف الذكر أثر رجعى . أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة فى حيازة أحد الأفراد ولم يكن قد مضى على حيازته له وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ خمس عشرة سنة كاملة ، فان الحائز لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ هذا القانون مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للملك .

---

(١) وقيل فى المذكرة التفسيرية لهذا التشريع ، تبريراً لهذا الحكم الجديد ، إن الشارع أراد به أن يحمى الأملاك الخاصة للدولة حتى تكون فى مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما أحكمت الرقابة والإشراف عليها فان ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق .

(٢) وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو إذا كان مدعياً أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . ومتى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم .

وكون المال الخاص المملوك للدولة أصبح غير قابل للتملك بالتقادم لا يمنع من بقاء القضاء العادى — لا القضاء الإدارى — مختصاً بالنظر فى وجوه النزاع فيه بين الدولة والأفراد .

(٣) جزء ٨ فقرة ٨٨ .

(٤) نقض مدنى ٨ نوفبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ .

ولم تقف حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص العامة الأخرى عند هذا الحد . فقد كان الأصل فى هذه الأموال الخاصة انه إذا وقع اعتداء عليها ، لم يكن للحكومة أن تنتصف بنفسها لنفسها ، وأن تلجأ إلى الطرق الإدارية لإزالة هذا الاعتداء كما تلجأ إلى هذه الطرق لإزالة الاعتداء على الأموال العامة . بل كان الواجب أن تلجأ إلى القضاء العادى تطلب دفع هذا لاعتداء ، شأن الحكومة فى ذلك شأن الأفراد فى دفع الاعتداء عن أموالهم الخاصة . ولكن صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، يسبغ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة ولغيرها من الأشخاص العامة حماية أخرى ، فوق الحماية التى أضفاها عليها القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بجعلها غير قابلة للتملك بالتقادم . فقد نص القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز التعدى على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وأضاف ما يأتى : « وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى للأموال الخاصة . فقد قدمنا أن الأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية إلا لإزالة الاعتداء على الملك العام ، أما الملك الخاص إذا اعتدى أحد عليه فانه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء عليه بالطرق الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء العادى فى ذلك . وقد تغير الموقف بعد هذا التعديل الأخير ، وأصبح الملك الخاص كالملك العام فى جواز دفع الاعتداء عليه بالطرق الإدارية دون الالتجاء إلى القضاء . فاذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هى من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها بالطرق الإدارية ، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده [١] .

٣٧٦ – الوقف : كانت المادة ٩٧٠ مدنى ، قبل تعديلها بالقانونين رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ورقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، تجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وكان الوقف ، الأهلى والخيرى

---

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٨٨ .

على السواء ، قائماً لم يبلغ وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فكانت الأعيان الموقوفة وقفاً أهلياً أو وقفاً خيرياً ، طبقاً للمادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر قبل تعديلها ، قابلة للتملك بالتقادم المكسب ، ولكن مدة هذا التقادم ، بدلا من أن تكون خمس عشرة سنة كما هى القاعدة العامة ، كانت ثلاثاً وثلاثين سنة[1] . وقد أطيلت مدة التقادم المكسب على هذا النحو حماية للوقف ،

---

(١) أما فى التقنين المدنى السابق فلم يكن يوجد نص يماثل نص المادة ٩٧٠ من التقنين المدنى الجديد . فذهب رأى إلى عدم جواز كسب ملكية العين الموقوفة بالتقادم (استئناف وطنى ٢٦ نوفبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٩٧ – ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ٧ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١) – وذهب رأى ثان إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة بمدة التقادم العادى : خمس عشرة سنة أو خمس سنوات (استئناف وطنى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٧ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٩٨) . وذهب رأى ثالث إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة ، على أن تكون مدة التقادم ثلاثاً وثلاثين سنة أخذاً بالمدة المقررة لعدم سماع دعوى الوقف فى الشريعة الإسلامية (استئناف وطنى ٢٦ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ١٣٣ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١ – ٦ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٥ ص ٣٣٣ – ٨ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٢ ص ٤٧ – ١١ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥٤ ص ٨٩ – ٧ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٢ ص ٢٩ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥) .

وقد أخذت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بهذا الرأى الأخير ، وقالت فى حكمها إنه ليس للقضاء الوطنى أن يحتذى ما ورد باللائحة الشرعية حرفياً فيحكم بعدم سماع دعوى الوقف بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة ، بل عليه أن يعتبر المدة تقصر ، ثم يجعلها مدة كسب الحق بوضع اليد على مثال القاعدة المقررة فى المادة ٧٦ من القانون المدنى (السابق) ، حتى يتيسر بذلك لواضع اليد أن يطلب تثبيت ملكيته وأن تجيبه المحكمة لهذا الطلب (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) . وأقرت محكمة النقض بعد ذلك ماقضت به محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة ، وقال إن ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال فقط مدة ٣٣ سنة ، بل إنها تستمر حاصلة لجهة الوقف مالم يكسبها أحد بوضع يده ثلاثاً وثلاثين سنة وضعاً مستوفياً جميع الشرائط المقررة قانوناً لكسب ملكية العقار بوضع اليد (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩١ ص ٢٢٦ – ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ١٩٤ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ – أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قضت بأن الوقف لا يقبل =

واقتباسا من المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى كانت تقضى بعدم جواز سماع دعوى الوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة مع الإنكار للحق فى هذه المدة وتمكن المدعى من رفع الدعوى وعدم العذر الشرعى [1] . وكان التقادم فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أقرب إلى التقادم المسقط ، إذ أن أثره لم يكن تملك الوقف بالتقادم المكسب بل عدم جواز سماع الدعوى وفقا لما هو مقرر فى الفقه الإسلامى .

وبعد أن ألغى الوقف الأهلى فى سنة ١٩٥٢ ، لم يبق هناك مجال لتطبيق المادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر إلا على الوقف الخيرى الذى بقى قائما ، فأصبحت

= التملك بالتقادم لأنه لا يجوز التصرف فيه ، غير أنه يجوز الدفع بعدم جواز سماع الدعوى إذا تركت دعوى الوقف مدة ٣٣ سنة مع إنكار الحائز للوقف (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٣ – ٢٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٠٠ – ٢٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٢ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ – أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٥) .

وقد قنن التقنين المدنى الجديد قضاء محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة الذى أقرته محكمة النقض ، وقد كان القضاء المذكور يلفق بين حكم لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيأخذ منها مدة الثلاث والثلاثين سنة وبين حكم القانون المدنى يأخذ منه أن التقادم يكسب ويقتضى حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة . وهذا التلفيق كان يعوزه نص تشريعى ، فأوجد التقنين المدنى المدنى الجديد هذا النص .

ولا يجوز لمن كانت حيازة عرضية أن يتملك الوقف بالتقادم ، فلا يجوز للواقف ولا لناظر الوقف أو المستأجر أو المحتكر أن يتمسك بذلك (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص ٦١٦ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٤ ص ١٥١ – ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٠ ص ٣٢٧ – ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٥٢) ، وذلك مالم تتغير صفة الحيازة تغيراً يزيل عنها صفة الوقتية ، ويكون ذلك إما بفعل الغير أو بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك ، فان الحائز فى هذه الحالة ولو كان واقفاً أو ناظراً على الوقف يستطيع أن يكسب بالتقادم المال الموقوف ، متى توافرت لديه شروط وضع اليد المكسب للملكية ودامت حيازته له مدة ثلاث وثلاثين سنة (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ (وضع يد المحتكر وورثته من بعده على الوقف هو وضع يد موقت لا يكسبه ملكية الوقف) .

(١) أنظر آنفاً ص ٩٩٩ هامش ١ .

الأعيان الموقوفة وقفا خيريا يجوز تملكها بالتقادم المكسب إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولكن هذا الحكم لم يدم طويلا ، فقد صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، كما رأينا ، يقضي بعدم جواز تملك أموال الأوقاف الخيرية بالتقادم . وأصبحت الأموال الموقوفة وقفا خيريا شأنها فى هذا الصدد شأن الأموال الخاصة المملوكة للدولة ، كلا النوعين من المال لا يجوز تملكه بالتقادم بموجب نفس القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وكما لا يجوز تملك الوقف الخيرى بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عينى عليه كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازى. وقد كان من الجائز الاكتفاء بالحلول التقليدية المقررة فى هذا الشأن وجعل المال الموقوف وقفا خيريا قابلا ككل مال آخر للتملك بالتقادم ، مع إطالة مدة التقادم إلى ثلاث وثلاثين سنة كحماية خاصة للوقف . ولكن المشرع المصرى لم يرد أن يقف عند هذا الحد ، وكما جعل المال الخاص المملوك للدولة غير قابل للتملك بالتقادم ، جعل أيضا غير قابل للتملك بالتقادم المال الموقوف وقفا خيريا . وبذلك أخذت الاستثناءات من القاعدة الجوهرية التى تقضى بجواز التملك بالتقادم تتكاثر ، ورجع القانون القهقرى خطوات إلى الوراء فى هذه المسألة الهامة .

ومهما يكن من أمر ، فان الوقف الخيرى الذى تم كسبه بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يبقى على ملك من كسبه بالتقادم ، دون أن يكون للقانون سالف الذكر أثر رجعى . أما الوقف الخيرى الذى يكون فى حيازة شخص وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ولم يكن قد انقضى على حيازته مدة ثلاث وثلاثين سنة ، فانه لا يجوز تملكه بالتقادم ، ولو تمت مدة الثلاث والثلاثين سنة بعد نفاذ هذا القانون .

ويبدو أن الحماية الإضافية ، التى أسبغها القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة من جواز دفع الاعتداء عنها بالطرق الإدارية ، لاتتناول الوقف الخيرى ، وذلك بالرغم من غموض النص . فان الالتجاء للطرق الإدارية هو حق خاص بجهة الإدارة ، فلا يجوز أن يمتد إلى ناظر الوقف الخيرى ولو كان هذا الناظر هو وزارة الأوقاف . هذا إلى أن جواز الالتجاء للطرق الإدارية دون القضاء هو حق استثنائى ضيق ، يجب عند غموض النص عدم التوسع فى تفسيره .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧٠ مدنى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وليس للوقف أن يكسب حقا بالتقادم » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة ما يأتى : « ولا يملك الوقف بالتقادم ، لأنه يشترط فى إنشائه أن يكون بحجة شرعية» [١] ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ « ليترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة » [٢] . وقد كان القضاء غير مستقر فى هذه المسألة ، فمن الأحكام ما قضى بجواز أن يملك الوقف عينا يحوزها بالتقادم العادى فتصبح العين موقوفة [٣] ، ولكن كثيرا من الأحكام كان يقضى على العكس من ذلك بأن الوقف لا يتملك عينا بالتقادم فتصبح وقفا لأن صفة الوقف لا تثبت للأعيان إلا بحجة شرعية بعد استيفاء إجراءات خاصة ، ولأن الذى يضع يده هو ناظر الوقف وليس الوقف كشخص معنوى [٤] . على أن محكمة النقض حسمت هذا الخلاف ، واستقر قضاؤها على أن للوقف أن يتملك بالتقادم بحكم كونه شخصا معنويا له أن ينتفع بأحكام القانون فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك [٥] . وعلى ذلك يجوز للوقف الخيرى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٢) انظره آنفاً ص ٩٩٩ هامش ١ .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٥ ص ١٦٦ — استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ .

(٤) استئناف مصر ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٩ ص ٦٢٥ — ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص ٧٥١ — طنطا الكلية ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣١ . المحاماة ١٠ رقم ٢٣٥ ص ٤٦٤ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦ — ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٤٤ — ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٥ — ١١ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن للوقف بصفته شخصاً معنوياً أن يتملك بالتقادم كغيره من الأشخاص ، والقول بأن العين لا يصح اعتبارها موقوفه إلا إذا حرر بوقفها إشهاد شرعى لا محل للتحدى به إلا عند قيام نزاع فى وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من واضع اليد عليها (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . وقضت أيضاً بأن الوقف ، بحكم كونه شخصاً اعتبارياً ، له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى هذا القانون ما يحرمه من ذلك . وإذا كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلا على أن العين التى تحت يدها موقوفة وقفاً صحيحاً ولو لم يحصل

أن يضع يده على عين مملوكة مدة خمس عشرة سنة أو مدة خمس سنوات بحسب الأحوال . فيتملكها الوقف وتصبح عينا موقوفة .

٣٧٧ – **حق الإرث** : رأينا [1] أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٠ مدنى بعد تعديلها تجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وهذا النص يستوقف النظر ، وكان يستوقف النظر أيضا قبل تعديل المادة ٩٧٠ مدنى ، فقد كانت هذه المادة قبل التعديل تجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

أما أن الأموال الموقوفة تكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة فأمر لا يستعصى على القواعد العامة ، ويكفى أن يحوز شخص عيناً موقوفة وتدوم حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة حتى يمكن القول طبقاً للمادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر (قبل التعديل) إن الحائز قد تملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب . وليس فى هذا القول خروج على طبيعة الأشياء ، وكل ما فيه أن المشرع هنا قد نقل قاعدة عن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٧٥) بعد تحويرها تحويرا قلب به التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى تقادم مكسب . فقد كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لاتجعل الوقف يكسب بالتقادم ولا تعطى دعوى استحقاق لمن حاز عيناً موقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ولكن تقتصر على إعطاء الحائز دفعاً لا دعوى ، وهذا الدفع أقرب إلى أن يكون دفعاً بالتقادم المسقط إذ أنه دفع بعدم جواز سماع الدعوى . فكان ناظر الوقف إذا طالب بعين موقوفة بعد ثلاث وثلاثين سنة

به إشهاد (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) – وانظر أيضاً نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦ .

وانظر فى المعنى الذى ذهبت إليه محكمة النقض من أنه يجوز للوقف أن يكسب عقاراً بالتقادم فيصبح العقار وقفاً بدون حجة شرعية : محمد على عرفه فقرة ١٤٠ – ص ٢٥٣ ص ٢٥٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١٧ ص ٥٤٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨١ – وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز للوقف أن يتملك عقاراً بالتقادم وأن العقار لا يصبح وقفاً دون حجة شرعية : محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٦٩ – شفيق شحاته فقرة ٢٨٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٥ .

لا تسمع دعواه ، وتضيع هذه العين على الوقف لا لأنها كسبت بالتقادم ، بل لأن الدعوى بالمطالبة بها لا يجوز سماعها . فترك المشرع فكرة عدم جواز سماع الدعوى ، أى ما يعادل التقادم المسقط ، إلى فكرة التقادم المكسب . وأعطى لمن حاز العين الموقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة دعوى استحقاق إذ جعله يملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب ، ولم يقتصر على إعطائه مجرد دفع بعدم جواز سماع الدعوى . وهذا القدر من التحوير يملكه المشرع لأنه لا يستعصى على قواعد الحيازة والتقادم المكسب ، إذ العين الموقوفة لاشك فى إمكان حيازتها وإن كانت غير قابلة للتصرف فيها ، فمتى حازها شخص ودامت حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ساغ للمشرع أن يقرر أن الحيازة لهذه المدة الطويلة تكسب الحائز ملكية العين الموقوفة .

والأمر جد مختلف بالنسبة إلى حق الإرث ، فالوارث إنما يضع يده على التركة وهى مجموع من المال (universalité) ، والمجموع من المال لا يقبل الحيازة [١] . وليست التركة كالعين الموقوفة ، إذ التركة لا تقبل الحيازة كما قدمنا ، أما العين الموقوفة فتقبل الحيازة . لذلك كان انتقال المشرع فى العين الموقوفة من التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى التقادم المكسب أمراً مستساغاً ، ما دامت العين الموقوفة تقبل الحيازة ، فجعلت حيازتها مدة ثلاث وثلاثين سنة سبباً لكسب ملكيتها . أما انتقال المشرع فى حق الإرث من التقادم المسقط إلى التقادم المكسب ، على الوجه الذى سار عليه فى العين الموقوفة ، فأمر غير مستساغ . إذ التركة مجموع من المال لا يقبل الحيازة ، فقول المشرع إن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية فى الحيازة ولا يمكن التسليم به . والواجب أن يقال إن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أى لا يجوز سماع الدعوى فيه ، لا أن يقال إن حق الإرث يكسب بالتقادم المكسب . وعلى ذلك يجب أن ينتقل الكلام فى حق الإرث من التقادم المكسب إلى التقادم المسقط [٢] . ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

(٢) وهذا ما كان يجرى عليه القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ – محمد كامل مرسى

التمهيدى ، فهى قد أبرزت هذا الخطأ إذ تقول : « أما دعوى الإرث فهى تسقط بثلاث وثلاثين سنة ، والتقادم هنا مسقط لا مكسب . لذلك يجب حذف حقوق الإرث من المادة ١٤٢١ (م ٩٧٠ مدنى) وجعل الكلام عنها فى التقادم المسقط » [1] ولكن هذه الإشارة فى المذكرة الإيضاحية التى كان من شأنها وضع المسألة فى وضعها الصحيح لم تنفذ ، وبقى حق الإرث مذكوراً فى التقادم المكسب على أنه يجوز تملكه بهذا التقادم بعد حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة.

من أجل كل ذلك نميل إلى القول بأن الفقه والقضاء يجب عليهما تصحيح هذا الخطأ غير المقصود فى التشريع ، والذى نبهت المذكرة الإيضاحية إلى وجوب تصحيحه ولكنه لم يصحح طوال المراحل التشريعية التى سار فيها النص . ويترتب على ذلك وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقادم لأنه غير قابل للحيازة ، وإنما تكسب أعيان التركة ، كل عين على حدة ، بالتقادم المكسب ، إذا حاز العين حائز وانقضى على حيازته لها خمس عشرة سنة ، لا ثلاث وثلاثون سنة .

ولكن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط ، أو بعدم جواز الدعوى . فاذا سكت الوارث ، مع التمكن ودون عذر شرعي ، عن مطالبة سائر الورثة بحقه فى الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة [2] ثم رفع دعوى المطالبة

= فقرة ٣٧١) – أما إذا قام النزاع لا على حق الإرث ، ولكن على ملكية عين بالذات داخلة فى التركة ، فان الحائز لهذه العين ، ولو كان وارثاً آخر ، يتملكها بالتقادم المكسب العادى (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٤ ص ٢٦٧ – استئناف وطنى ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧ – ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣ – استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ – ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ . ٢٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٢ – ٢٧ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٠ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ – ٨ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٢) وقد كان هناك خلاف فى الرأى فى عهد التقنين المدنى السابق فيما يتعلق بمدة التقادم . فرأى كان يذهب إلى أن هذه المدة ثلاث وثلاثون سنة تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٥٣ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٧٣ – ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ الحاكم ١١ ص ٢٢١٩ – ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . ورأى آخر كان يذهب إلى أن المدة هى خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم العادى (استئناف وطنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦ ص ٨ – ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧).

بالإرث بعد ذلك ، فان أقر له الورثة بحقه ، قضى له به وسلم نصيبه فى التركة. أما إذا أنكرت الورثة عليه حقه ، ودفعوا دعواه بعدم جواز سماعها أو بسقوطها بالتقادم ، قضى بعدم جواز سماع دعواه [1] . وفى هذه الحالة الأخيرة يبقى سائر الورثة وورثتهم من بعدهم على ما كانوا عليه من حيازة أعيان التركة ، كل بقدر نصيبه . وإذا كان فى يد أحدهم جزء من نصيب الوارث الذى قضى بعدم جواز سماع دعواه ، فانه لا يملك هذا الجزء بالتقادم المكسب ، وإنما قضى له بعدم جواز سماع الدعوى فيه ، فبقى فى يده على هذا الأساس [2] .

٣٧٨ - موضوع الحق الذى يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لعنصريها وخالية من العيوب : ويجب أن نخضع الحق الذى يكسب بالتقادم خضوعاً فعلياً لحيازة مستوفيه لعنصريها المادى والمعنوى . فالسيطرة المادية وحدها ، وهى العنصر المادى ، لا تكفى ، بل يجب أن تقترن بالعنصر المعنوى . وإذا اقتصرنا على حق الملكية فى العقار أو فى المنقول ، فانه يجب أن يحوز الشخص العقار أو المنقول حيازة مادية مقترنة بنية أنه يحوزه لحساب نفسه باعتبار أنه مالك . أما الحيازة العرضية ، وهى الحيازة المادية المجردة من العنصر المعنوى أو الحيازة لحساب الغير ، فانها لا تكفى فى تملك العقار أو المنقول

---

(١) أنظر من هذا الرأى محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٧٢ - إسماعيل غانم ص ١٢٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٤ ص ٤٠٦ - وقرب عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١٦ . وقارن محمد على عرفه ٢ فقرة ١٤٧ - شفيق شحاته فقرة ٢٨٧ .

(٢) أما إذا وضع وارث يده على عين بالذات من أعيان التركة باعتباره مالكاً لها لا عن طريق الإرث . فانه يتملك هذه العين إذا دامت حيازته لها مدة خمس عشرة سنة (لا مدة ثلاث وثلاثين سنة) بالتقادم المكسب ، ولو أنه تبين بعد ذلك أن الوارث الذى قضى بعدم جواز سماع دعواه بعد ثلاث وثلاثين سنة كان يملك جزءا شائعاً من هذه العين بحكم أنه أحد الورثة وله نصيب شائع فيها . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدفع بعدم جواز سماع الدعوى الذى يمنع الحاكم من سماع قضايا التركات بعد مضى ٣٣ سنة عليها لا يترتب عليه أدنى تأثير فيما يتعلق بالدفع بالتملك بمضى المدة الذى يتمسك به من وضع يده مدة ١٥ سنة على عين من أعيان التركة (استئناف وطنى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . وانظر أيضاً استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - مصر ٢٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - ٢١ يونيه سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ .

بالتقادم المكسب [١] : وإذا أراد الحائز العرضي الذي يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه أن يغير صفة هذه الحيازة العرضية وأن يحولها إلى حيازة أصيلة لحساب نفسه بحيث يستطيع أن يتملك العقار أو المنقول بالتقادم المكسب عن طريق هذه الحيازة ، فلا يكفي في ذلك تغيير نيته وتصريحه بأنه أصبح يحوز العقار أو المنقول لحساب نفسه لا لحساب غيره . بل يجب عليه أن يلجأ في ذلك إلى إحدى الطريقتين اللتين عينهما القانون لهذا الغرض ، إما بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر منه هو يعارض به حق المالك ويجابهه ، وقد بينا ذلك تفصيلا فيما تقدم [٢] .

ويجب ، فوق استيفاء الحيازة لعنصريها ، أن تكون خالية من العيوب ، حتى يمكن أن تؤدى إلى التملك بالتقادم . فالحيازة المعيبة لا تؤدى إلى التملك بالتقادم ، ما دام العيب ملابسا لها . وقد فصلنا فيما تقدم عيوب الحيازة ، وذكرنا أن هذه العيوب أربعة ، هي عدم الاستمرار والخفاء [٣] وعدم الهدوء والغموض [٤] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت في أسباب حكمها أنه لم تكن لمدعى الحيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك ، مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع ، فإن في هذا ما يعتبر ردا ضمنياً على ما يتمسك به مدعى الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل والتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية (نقض مدنى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) وقل أن تكون حيازة المنقول بسوء نية خالية من عيب الخفاء ، فإن الحائز يحاول عادة اخفاء المنقول عن عين صاحبه ، ويسعفه في ذلك أن المنقول سهل الاخفاء في أغلب الأحوال . وعلى ذلك لا تنتج الحيازة بسوء نية أثرها في تملك المنقول ، ولو دامت هذه الحيازة خمس عشرة سنة ما دامت حيازة خفية (مازو فقرة ١٥١٦ ص ١٢٢٠) . وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل نادر الحصول على كل حال ، ليس فحسب لأن الحيازة يشوبها عادة عيب الخفاء ، بل أيضاً لأن المنقول بخلاف العقار لا يقوى على البقاء مدة طويلة في أغلب الأحيان .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ – فقرة ٢٨٧ – وقد بينا أن عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق ، لكل ذى مصلحة أن يتمسك به . وأنه إذا زال وتحولت الحيازة إلى حيازة مستمرة خلت الحيازة من العيب ، ومنذ خلوها منه يمكن أن تؤدى إلى التقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧) . أما عيب الخفاء فهو عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت عنه الحيازة . فإذا زال وظهرت الحيازة وعلم بها المالك أو استطاع أن يعلم بها أصبحت الحيازة خالية من عيب الخفاء ، وصارت صالحة لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ – فقرة ٢٨١) . وكذلك عيب عدم –

ونرى من ذلك أن العقار أو المنقول المراد تملكه بالتقادم المكسب يجب أن يحوزه الشخص حيازة مستوفية لعنصريها وخالية من العيوب . ثم يجب فوق ذلك أن تدوم هذه الحيازة على النحو المتقدم الذكر مدة خمس عشرة سنة كاملة ، وهى المدة اللازمة التى عينها القانون لاكتمال التقادم ، أى مدة التقادم المكسب الطويل (١) ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

§ ٢ – مدة التقادم المكسب الطويل

٣٧٩ – المسائل الواجب بحثها : مدة التقادم المكسب الطويل هى كما قدمنا خمس عشرة سنة ، ولا يجوز الاتفاق على تعديلها . ويقتضى الأمر أن

= الهدوء عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الاكراه ، فاذا زال بانقطاع الإكراه هدوء الحيازة ، أصبحت الحيازة خالية من العيوب وصارت صالحة لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٣ – فقرة ٢٨٤) . والغموض أيضاً عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه الأمر ، فاذا زال بانتفاء اللبس ، أصبحت الحيازة خالية من العيب صالحة لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ – فقرة ٢٨٧) .

(١) وحيازة الشخص للعين حيازة مستوفية لعنصريها وخالية من العيوب المدة اللازمة للتقادم هى من مسائل الواقع التى تترك لتقدير قاضى الموضوع ، وهذا كله أمر مادى يجوز إثباته بجميع الطرق وتدخل فى ذلك البينة والقرائن – أنظر نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٦ رقم ٧٩ – ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٢ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٦ – ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٩ رقم ٩٩ – ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٦ رقم ٧٣ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣ ص ٢١ – ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٦ ص ٢٣٨ – ١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٣ ص ٨٣٥ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣٦ ص ١٩٩ – ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٣٠٢ ص ٦٨٩ – ١٩ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٧٠ – ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٩ – ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٠ – ١٧ نوفبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٧ – ١٧ نوفبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٨ رقم ٩٥ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١٨٤ – ٨ نوفبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ – ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ – ٩ نوفبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٥٧ ص ١٠٠١ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٠ ص ٤٣٤ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٩ ص ٩٣٨ .

نبحث فى هذا الصدد كيفية حساب هذه المدة ، وبدء سريانها ؛ والقرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها ، وضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين .

٣٨٠ — مقدار مدة المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على تعديلها : رأينا [١] أن المادة ٩٦٨ مدنى تنص على أن « من حاز منقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » : فمدة التقادم المكسب الطويل هى إذن ، كما تبين من هذا النص ، خمس عشرة سنة كاملة .

وهذه المدة تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها ، لا عن طريق إطالتها ولا عن طريق تقصيرها . وقد رأينا [٢] أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل المدة ، فوجب الرجوع فى هذا الشأن إلى المادة ٣٨٨ / ١ مدنى ، وهى تنص على أنه : « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون » . فلا يجوز إذن الاتفاق بين الحائز والمالك [٣] على أن تكون مدة التقادم المكسب الطويل أكثر من خمس عشرة سنة ، كما

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) يصعب تصور مثل هذا الاتفاق عملا ، فالحائز إنما يحوز عيناً مملوكة لغيره بنية تملكها ، فكيف يتأتى أن يتفق مع المالك الذى اغتصب منه العين على أن تكون مدة التقادم أطول أو أقصر من خمس عشرة سنة وكان يمكن القول إن قاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة غير التى عينها القانون للتقادم إنما هى قاعدة تتفق مع طبيعة التقادم المسقط وتستعصى على طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم لا مجال لتطبيقها على التقادم المكسب – على أنه من الممكن أن نتصور ، وإن كان ذلك فرضاً بعيد الوقوع ، أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه فى حالة تغيير المستأجر صفة حيازته وتحويلها إلى حيازة أصيلة ، تكون مدة التقادم عشرين سنة مثلا ، فيكون هذا الاتفاق باطلا ، كما يكون باطلا الاتفاق على النزول أصلا عن التقادم فى مثل هذا الفرض (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥ ص ٩٧٤) .

لا يجوز الاتفاق على أن تكون أقصر من خمس عشرة سنة ، بل يتحتم أن تكون المدة خمس عشرة سنة لا تزيد ولا تنقص [١] .

ويحرم القضاء الفرنسي الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، إذ قد يكون وسيلة إلى النزول عن التقادم قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة مثلا أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة النزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية . ولكن القضاء الفرنسي يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لمطالبة المالك بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد لا يمكنه من ذلك عملياً . أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد أتى ، كما رأينا ، بنص صريح فى المسألة . فقضى فى المادة ١/٣٨٨ مدنى كما مر القول بتحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أوتقصيرها ، واعتبر مدة التقادم التى حددها القانون بخمس عسرة سنة فى التقادم المكسب الطويل ، ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها . فتكون مدة التقادم إذن من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشيئة الأفراد . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم المكسب الطويل ، وهى خمس عشرة سنة ، إلى عشر سنوات أو خمس مثلا ، لم يعتد بهذا الاتفاق ، بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة . وإذا اتفق الطرفان على إطالة المدة إلى عشرين سنة مثلا أو خمس وعشرين ، كان هذا الاتفاق باطلا ، وتبقى مدة التقادم خمس عشرة سنة كما حددها القانون [٢] .

على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم المكسب الطويل لا يمنع من أن هذه المدة قد تطول فعلا بطرق أخرى . فإذا وقف سريان التقادم ، طالت مدته بمقدار المدة التى وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التى انقطع فى آخرها وهى المدة التى أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التى يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر . وقد تطول المدة على هذا الوجه ، من الناحية العملية ، إلى ثلاثين سنة أو إلى أربعين أو إلى أكثر من ذلك [٣] .

---

(١) وكذلك لايجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب القصير وهى خمس سنوات، فلا يجوز الاتفاق على جعلها مدة أطول ولا على جعلها مدة أقصر .

(٢) أنظر فى هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦١٢ وفقرة ٦٥٨ .

(٣) أنظر فى هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٥٩ .

٣٨١ - كيفية حساب مدة التقادم : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، فوجب الرجوع فى هذا الشأن إلى المادة ٣٨٠ مدنى ، وهى تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها » . فتحسب إذن مدة التقادم المكسب الطويل ، وهى خمس عشرة سنة كما قدمنا ، بالأيام لا بالساعات . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لا قتضى الأمر أن نعرف فى أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته (٢) . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى ، وفقاً للتقويم الميلادى(٣). ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول لأنه يكون يوماً ناقصاً أو هو جزء من يوم (٤) . فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذى تتم به عدة التقادم خمس عشرة سنة كاملة . ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . ولذلك تقول المادة ٣٨٠ مدنى كما رأينا . « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . فإذا بدأ سريان التقادم المكسب الطويل يوم ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ مثلا ، فإن التقادم يكتمل عند منتصف الليل الذى يفصل ما بين يوم ٥ فبراير سنة ١٩٦٥ و ٦ فبراير سنة ١٩٦٥(٥) .

ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الاجراءات بشأن قطع التقادم فى هذا اليوم . فإن كان هذا اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعذر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فإن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٨ .

(٣) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٨ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ – وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٦ – ص ١٠٥٧ .

سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم بانقضاء هذا اليوم دون أن يتخذ المالك إجراء يقطع به سريان التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالتقويم الهجرى (٢) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى وتنص على أن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٣) .

---

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٧ – ويذهب أكثر الفقهاء إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير ولو كان يوم عطلة (لوران ٣٢ فقرة ٢٥٥ جيوار فقرة ٨٨ – ترولون ٢ فقرة ٨١٦ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ – بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢١٥٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠١ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٦٦ ص ٦٩ – شفيق شحاته فقرة ٢٩٠ ص ٢٩٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢١) . هذا وقد اعتمدنا على الرأى الذى نقول به فى المتن على أن التقادم يوقف سريانه بالقوة القاهرة إذا كان آخر يوم فيه هو يوم عطلة ، إذ يتعذر اتخاذ إجراء قضائى فى هذا اليوم لقطع التقادم (أنظر من هذا الرأى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٧ – عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص ٣٣٠) .

(٢) استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٢٨ ص ٨٤٩ – ١٦ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٠ ص ٢٧١ – ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢ – ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ .

(٣) أنظر الوسيط ١٠ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨ – وقد يقع أن يكون مدة التقادم الطويل قد اكتملت بحسب التقويم الهجرى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيتم التقادم ويكسب الحائز ملكية العقار أو المنقول ، حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت مدة التقادم المكسب الطويل لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن التقادم يستمر سارياً ، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فإن التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى . ويبقى على اكتمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لاكتمال التقادم فى الحالة التى نحن بصددها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلا من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس العشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كبيسة على الأقل (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨) .

٣٨٢ - بدء سريان مدة التقادم : ويبنى على ما قدمناه أن مدة التقادم يبدأ سريانها من اليوم التالى لليوم الذى بدأت فيه الحيازة ، أى فى منتصف الليل الذى يعقب مباشرة اليوم الذى بدأت فيه الحيازة . فقد قدمنا أن اليوم الذى بدأت فيه الحيازة فعلا هو بالضرورة يوم ناقص أو هو جزء من يوم ، فلا يحسب Dies a quo non computatur in termino [1] .

٣٨٣ - بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقترنة بأجل واقف : فإذا كان الحق محل الحيازة حق ملكية معلقاً على شرط واقف ، وجب تطبيق المادة ٣٨١ مدنى الواردة فى التقادم المسقط ، إذ أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى كما رأينا [2] بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ويدخل فى حساب المدة تحديد بدء سريانها [3] . وقد نصت المادة ١/٣٨١ و ٢ فى خصوص التقادم المسقط على أنه « ١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . ٢ - وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل » :

فإذا طبقنا هذه الأحكام على التقادم المكسب ، ترتب على ذلك أن المالك تحت شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم المكسب إلا من وقت تحقق الشرط . فقبل تحقق الشرط لم يكن حق المالك نافذاً وإن كان موجوداً ، والعبرة فى بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده [4] . فإذا باع شخص

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٥ ص ٧٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص ٥٨٨ وهامش ١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٠ ص ١٠٩ هامش ٢ (ويقتصر على التساؤل دون أن يبت فى المسألة) .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦١ - استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - وعلى ذلك يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط فاسخ ، من وقت وجود الحق لأنه يكون نافذاً من وقت وجوده (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦٢).

منزلا لمشتر تحت شرط واقف ، أو أوصى بالمنزل لشخص معلقاً الوصية على شرط واقف ، كان المشترى أو الموصى له مالكاً للمنزل تحت شرط واقف . فإذا وضع الغير يده على المنزل قبل تحقق الشرط الواقف بنية تملكه ، أمكن لواضع اليد أن يتملك المنزل بالتقادم المكسب . ولكن بدء سريان التقادم لا يكون من وقت الحيازة ، بل من وقت تحقق الشرط الواقف حيث تكون الملكية نافذة ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذها (١) .

ومثل الحق المعلق على شرط واقف الحق المقترن بأجل . فإذا كان لشخص حق انتفاع فى منزل يؤول إليه بعد انقضاء زمن معين ، كان حق الانتفاع هذا مقترناً بأجل . فإذا وضع شخص يده على حق الانتفاع المؤجل أمكن أن يتملكه بالتقادم ، ولكن لا يبدأ سريان التقادم وقت وضع اليد وقبل حلول الأجل ، لأن الحق لم يكن نافذاً فى هذا الوقت وإن كان موجوداً . وإنما يبدأ سريان التقادم فى الفرض الذى نحن بصدده من وقت حلول الأجل الواقف حيث يصبح حق الانتفاع نافذاً ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذه (٢) .

---

(١) كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٩٣ – ولايقال إن الشرط الواقف إذا تحقق كان لتحقيقه أثر رجعى فيعتبر المالك تحت شرط واقف مالكاً منذ وجود الشرط لا منذ تحققه ، فان الأثر الرجعى للشرط ليس إلا من قبيل الافتراض أو المجاز (ficrion) وليس للافتراض أو المجاز قوة الحقيقة ، ومن ثم لاينفذ حق المالك تحت شرط واقف إلا بتحقق الشرط ومن وقت تحققه ، والعبرة فى بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده . فالقاعدة إذن هى أن يبدأ سريان التقادم من وقت نفاذ الحق ، إذ أن صاحب الحق لم يكن يستطيع المطالبة به قبل استحقاقه . وينبغى أن يكون المالك فى خلال مدة التقادم قادراً على المطالبة بحقه ولم يفعل ، فيتقادم الحق جزاء له على إهماله (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٥ ص١٠٥٩).

(٢) ويذهب القضاء فى فرنسا إلى هذا الرأى ، فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، وبالنسبة إلى الحق المقترن بأجل واقف إلا من وقت حلول الأجل . وعنده أن التقادم المكسب لا يقوم على الحيازة فحسب ، بل أيضاً على إهمال المالك فى المطالبة بحقه ، ولا يكون المالك مهملا إذا هو لم يطالب بحقه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل إذ أنه كان لا يستطيع المطالبة بحقه فى ذلك الوقت . أما القول بأن المالك كان يستطيع ، قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل أن يتخذ إجراءات تحفظية ومنها قطع التقادم ، فيمكن الرد عليه بأن الدائن تحت شرط واقف أو لأجل واقف كان يستطيع هو أيضاً اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ، ومع ذلك فلا نزاع فى أن سريان التقادم بالنسبة إليه لايبدأ –

٣٨٤ - بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية : قدمنا (١) أن الحق الاحتمالى هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف فى الحق الاحتمالى هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهرى . والفرق بين الحق الاحتمالى والحق المعلق على شرط واقف أنه يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط إذ أن الشرط أمر عارض ، أما الحق الاحتمالى فحق ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملا كما سبق القول فلا يمكن تصور قيام هذا الحق الكامل دون استكمال هذا العنصر الجوهرى . ومن أمثلة الحق الاحتمالى حق الموصى له قبل أن يموت الموصى ، فلا يكون للموصى له قبل موت الموصى إلا حق احتمالى قد نقصه

= إلا من وقت تحقق الشرط أو من وقت حلول الأجل . أنظر فى هذا المعنى فى القضاء الفرنسى : نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٨١٦ داللوز ٤٦ - ١ - ٢٥٥ - ٢٨ يناير سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٢ - ١ - ٨٩ - ٩ يوليه سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ - ١ - ٣٤٣ - ٨ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ - ١ - ٢٢٤ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩١٥ سيريه ١٩٢٠ - ١ - ٦ . وقد صدر حكم يقضى بأنه إذا باع صاحب حق الانتفاع العين المنتفع بها ، انتفاعاً ورقبة ، فإن المشترى يستطيع أن يتملك الرقبة بالتقادم ، ويبدأ سريان التقادم من وقت وضع المشترى يده على العين حتى قبل انقضاء حق الانتفاع (ليموج ١٧ يونيه سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٧ - ٢ - ٣٠١) . وهذا الحكم لا يتعارض مع القضاء السابق ، فإن مالك الرقبة يملكها فى الحال وليست ملكيته مقترنة بأجل هو انقضاء حق الانتفاع ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الرقبة من وقت وضع اليد ، ولا حاجة لتأخير سريانه إلى وقت انقضاء حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٧ ص ٧٠٧ - أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Prescription civile فقرة ١٠٩ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٥)

أما الفقه فى فرنسا فهو منقسم فى هذه المسألة . فهناك رأى يؤيد القضاء الفرنسى فيما ذهب إليه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٦ ص ٧٠٤ - ص ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٤ - بيدان ٤ فقرة ٧٧١ ص ٨٨٥ - ص ٨٥٦ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٣) . وهناك رأى آخر يعارض القضاء الفرنسى ويذهب إلى أن التقادم يبدأ سريانه ، بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، من وقت وضع اليد ولا يتأخر بدء السريان إلى وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٧ - بودرى وتيسييه فقرة ٣٩٦ وما بعدها . بفنوار ص ٣٩٩ وما بعدها) . وهناك من الفقهاء من يكتفى بعرض القضاء والفقه فى المسألة دون أن يتخذ موقفاً فيها (مازو فقرة ١٤٩٤ - مارتى ورينو فقرة ١٩٢ ص ٢٠٧ كاربونييه ص ٢١٣) . وانظر فى المسألة أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠٥ - فقرة ١١٠

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ١٦ .

عنصر من العناصر الجوهرية لتكوينه وهو موت الموصى ، ولا يعتبر هذا الموت شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق . ومن أمثلة الحق الاحتمالى أيضاً حق الموعود له بالبيع ، فهذا الحق لا يوجد ولا يستكمل عناصره الجوهرية إلا إذا أبدى الموعود له رغبته فى الشراء ، ولا يعتبر إبداء الرغبة شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق .

وإذا كان الحق المعلق على شرط واقف والحق المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليهما إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجل، أى من الوقت الذى يصبح فيه الحق نافذاً ، فأولى أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحق الاحتمالى . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق الاحتمالى إلا من وقت استكماله لجميع عناصره الجوهرية ، وصيرورته حقاً موجوداً نافذاً . وعلى ذلك لايبدأ سريان التقادم فى العين الموصى بها بالنسبة إلى الموصى له إلا من وقت موت الموصى ، ففى هذا الوقت فقط يوجد حق الموصى له وينفذ إذ يستكمل عناصره الجوهرية . وكذلك لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى حق الموعود له بالبيع إلا من وقت إبداء رغبته فى الشراء ، ففى هذا الوقت فقط يوجد حقه وينفذ باستكمال عناصره الجوهرية [1] .

٣٨٥ - القرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها - نص قانونى : تنص المادة ٩٧١ مدنى على ما يأتى :

« إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على العكس » [2] . وهذا النص يماثل المادة ٢٢٣٤ من التقنين المدنى الفرنسى ،

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٥ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٤ ص ٢٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عكس ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٤١٤ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : «ولا يعتبر قيام الحيازة فى الحال قرينة على قيامها فى وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق فى الحيازة . ويعد فى هذه الحالة حائزاً من بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، مالم يقم الدليل على غير ذلك» . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢ . وفى -

وهى تنص على أن « الحائز الحالى الذى يثبت أنه قد حاز فى وقت سابق يفترض فيه أنه قد حاز فى الفترة المتوسطة ما بين الزمنين ، إلا إذا ثبت عكس ذلك » . وهذه القاعدة كانت معروفة فى القانون الفرنسى القديم ، نقلها واضعوا التقنين المدنى الفرنسى عن Dunod وهو فقيه معروف من فقهاء القانون الفرنسى القديم المتأخرين . ويعبر عنها بالعبارة اللاتينية الآتية (Probatis extremis media praesumuntur)

فيكفى الحائز إذن ، ليثبت أن حيازته دامت خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم المكسب الطويل ، أو دامت خمس سنوات وهى مدة التقادم المكسب القصير [١] ، أن يثبت أنه يحوز العين حالا ، وأنه قد حازها بنفسه أو بواسطة سلف له فى زمن سابق يرجع إلى خمس عشرة سنة أو خمس سنوات من قبل . وعند ذلك يقيم القانون قرينة قانونية على أن الحيازة بقيت مستمرة فى الفترة ما بين الزمنين . أى بقيت مستمرة طوال مدة الخمس العشرة سنة أو طوال مدة الخمس السنوات بحسب الأحوال . وعلى ذلك يكون الحائز قد أثبت ، بفضل هذه القرينة القانونية ، على أنه بقى حائزاً طوال المدة اللازمة للتقادم . ولكن هذه القرينة القانونية قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يدحضها بأن يثبت بجميع طرق الإثبات أن

= لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية «اكتفاء بالقواعد العامة فى وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو الشهود أو السندات» ، فأصبح النص ، تحت رقم ٩٧١ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٠ – ص ٥٠١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٧٨/١٠٤ : من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدة معينة ، وكان واضعاً يده فى الحال ، فالمتوسط بين المدتين يعتبر وضع يده ، مالم يثبت ماينافى ذلك .

(وحكم التقنين المدنى السابق يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٩٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٩ : إن وضع اليد الثابت وقوعه بزمن معين ، ووضع اليد الحالى ، يرجحان قيام اليد فى الفترة الواقعة بينهما ، مالم يثبت خلاف ذلك .

(وحكم القانون اللبنانى يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) أو دامت سنة واحدة وهى المدة اللازمة فى بعض دعاوى الحيازة .

الحيازة لم تستمر فى الفترة ما بين الزمنين بأن انتزعت من الحائز مثلا أو تخلى عنها ، أو يثبت أن الحيازة وإن استمرت فعلا فى الفترة ما بين الزمنين إلا أنها قد شابها عيب من عيوب الحيازة فجعلها غير صالحة لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم [١] .

والواجب ، حتى تقوم القرينة القانونية سالفة الذكر ، أن يثبت الحائز أمرين : (١) أنه حائز للعين حالا ، حيازة مستوفية لجميع شرائطها أى خالية من العيوب ، بأن تكون الحيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة : واستمرار الحيازة معناه أن تكون الحيازة قد استقرت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفى لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضرورى أن تكون هذه المدة سنة فأية مدة يمكن أن يستخلص منها استمرار الحيازة وانتظامها تكفى [٢] . ويستطيع الحائز أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما فى ذلك البينة والقرائن والمعاينة ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية . (٢) وأنه قبل خمس عشرة سنة أو قبل خمس سنوات ، كان هو أو سلفه من مورث أو موص أو بائع أو نحو ذلك يحوز العين هذه الحيازة المستوفية للشروط ، أى حيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة ، ويكفى فى الاستمرار هنا أيضاً أن تكون الحيازة قد دامت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفى لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضرورى أن تكون قد استمرت سنة كاملة [٣] . ويستطيع الحائز هنا أيضاً أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات . ولا بد أن يثبت الحائز كلا من الأمرين المتقدمى الذكر ، ولا يغنى إثبات أحدهما عن إثبات الآخر .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٧ – ص ٥٠٨ – بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٥ مكررة – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٥ – وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨ – استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٥٠ .

(٢) ونرى أن القرينة القانونية تكون قائمة ، حتى لو كان الحائز قد انتزعت منه الحيازة بحيث لا يستطيع إثبات أنه الحائز الحالى ، وحتى لو لم يسترد هذه الحيازة فى خلال السنة . فمتى أثبت أنه كان حائزاً فى وقت معين ولو لم يكن حائزاً حيازة حالية ، وأثبت أنه كان حائزاً أيضاً فى وقت أسبق أياً كان هذا الوقت ، قامت القرينة القانونية على استمرار الحيازة فى الفترة ما بين هذين الوقتين .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢١٥ .

فاثبات الحيازة السابقة لا يغنى من وجود الحيازة الحالية ، كما أن إثبات الحيازة الحالية لايفترض وجود الحيازة السابقة [١] .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧١ مدنى سالفة الذكر يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولا يعتبر قيام الحيازة فى الحال قرينة على قيامها فى وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق فى الحيازة . ويعد فى هذه الحالة حائزاً من بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك »[٢] . فكان إثبات الحيازة الحالية ، طبقاً لهذا النص ، يفترض وجود الحيازة السابقة ، بشرط أن يكون لدى الحائز سند كعقد شراء يعطيه الحق فى الحيازة ، وبشرط أن يكون هذا السند ثابت التاريخ. فإذا توافر هذان الشرطان افترض وجود حيازة سابقة من بدء التاريخ الثابت للسند ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ومتى افترض وجود الحيازة السابقة لم يقم دليل عكسى ، افترض أيضاً افتراضاً قابلا لإثبات العكس استمرار الحيازة من بدء التاريخ الثابت للسند إلى وقت قيام الحيازة الحالية وفقاً للقرينة القانونية التى تقدم ذكرها [٣] . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية « اكتفاء بالقواعد العامة فى وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو بالشهود أو بالسندات »[٤] . وينبنى على حذف هذا النص أن وجود سند

---

(١) وإثبات قيام الحيازة فى وقت معين وقيامها حالا من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠ - بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٩) .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بل إن قيام الحيازة حالا ، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيازة ، قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك. ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلا ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة ، فيكفى هذا العقد قرينة على أنه حاز منذ خمس عشرة سنة ، وأنه مستمر فى حيازته إلى اليوم ، وعلى خصمه أن يثبت العكس إذا ادعاه. وفى هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحيازة ، بدءا واستمرارا (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) .

(٤) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

ثابت التاريخ يعطى الحق فى الحيازة لا يكون قرينة قانونية على قيام الحيازة وقت هذا التاريخ الثابت ، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون قرينة قضائية يأخذ بها القاضى أو لا يأخذ ، وهى على كل حال قرينة قابلة لإثبات العكس (١) .

٣٨٦ - ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين : ويقع فى العمل ألا يكون شخص واحد هو الذى حاز العين ، وبقى بشخصه حائزاً لها مدة خمس عشرة سنة فملكها بالتقادم المكسب الطويل . بل يحدث كثيراً أن عدة أشخاص يتعاقبون على حيازة العين ، فيعقب الوارث المورث ، أو يعقب المشترى البائع ، وعندئذ يكون هناك مجال لضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف حتى يبلغ مجموع المدد خمس عشرة سنة ، وهى المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل :

وقد سبق أن ميزنا فى هذا الصدد بين الخلف العام والخلف الخاص ، وبينا كيف تضم المدد فى كل من الحالتين (٢) .

ففيما يتعلق بالخلف العام ، سبق أن قررنا (٣) أن الوارث يستطيع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه . فإذا كان المورث سيئ النية فانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث ولو كان هذا الأخير حسن النية ، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم المكسب الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه ، ولتكن خمس سنوات مثلا ، إلى مدة حيازته هو إذا بلغت عشر سنوات على الأقل . وإذا كان المورث عنده سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية

---

(١) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٨ - بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٨ ص١٩٨.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ - فقرة ٣٠٧ - وقد رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧) أن المادة ٩٥٥ مدنى تنص على أن « ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيئ النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته . ٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر » . هذا ويجب على من يريد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٧ ص ٥٣٢) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

وبالسبب الصحيح . فاذا كان المورث قد بقى حائزاً للعقار مدة سنتين ، كان للوارث ولو كان سيء النية ، إذا بقى حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات ، أن يضم إليها مدة حيازة سلفه وهى سنتان ، فيستكمل بذلك خمس السنوات اللازمة لتملك العقار بالتقادم المكسب القصير . وإذا كان المورث حسن النية وليس لديه سبب صحيح ، وبقى حائزاً للعقار مدة ست سنوات مثلا ، ثم انتقلت الحيازة للوارث ، فانها تنتقل إليه مقترنه بحسن النية ومجردة من السبب الصحيح كما كان الأمر فى شأن المورث . ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يتملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل ، سواء بقى حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه . وفى الحالتين يستطيع ضم مدة حيازة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقى حائزاً تسع سنوات أخرى إذ تضم إليها حيازة مورثه وهى ست سنوات[1] .

وفيما يتعلق بالخلف الخاص، سبق أن قررنا[2] أن له أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحداهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لما يرى له من المصلحة فى ذلك . فاذا كان السلف سيء النية وبقى حائزاً للعين مدة عشر سنوات مثلا ، ثم باع العين إلى مشتر هو أيضاً سيء النية ، فللمشترى أن يتملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقى حائزاً لها مدة خمس سنوات أخرى إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقى حائزاً للعقار مدة سنتين ، ثم نقل الحيازة إلى المشترى وكان هذا أيضاً حسن النية ، فللمشترى أن يتملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقى حائزاً له مدة ثلاث سنوات أخرى ، إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع سيء النية ، وبقى حائزاً

(١) وقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٣٠١) أنه إذا كان المورث سيء النية وقت حصوله على السبب الصحيح ، فان الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية ، ولا يجديه بعد ذلك أن يثبت حسن نيته . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يتملك فى هذا الفرض إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٧ .

للعقار مدة أربع عشرة سنة مثلا ، ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية ، فالمشترى يستطيع أن يتملك بالتقادم القصير إذا بقى حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه فى هذا الفرض يفضل أن يتملك بالتقادم الطويل ، إذ يستطيع فى هذه الحالة أن يتملك العقار إذا بقى حائزاً له مدة سنة واحدة بدلا من خمس سنوات ، لأنه يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا فرضنا العكس وكان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة أربع سنوات فقط ، ثم باعه إلى مشتر سىء النية يعلم أن العقار ليس مملوكاً للبائع ، فان المشترى لا يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم القصير لأنه سىء النية . ولكنه يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم الطويل ، فاذا هو حازه إحدى عشرة سنة أخرى استطاع أن يضم إليها مدة حيازة البائع وهى أربع سنوات فيستكمل بها مدة التقادم الطويل . وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحداهما دون الأخرى وذلك تبعاً لمصلحته .فله أن يتمسك بحيازته هو وحدها ، وأن يسقط حيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان البائع سىء النية وحاز العقار لمدة ست سنوات مثلا، ثم باعه إلى مشتر حسن النية بقى حائزاً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع المشترى أن يتملك العقار بالتقادم القصير ، ولا يحتاج فى ذلك إلا إلى التمسك بحيازته هو ، دون حيازة البائع . أما إذا أراد ضم حيازة البائع سىء النية ، فلا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل ، فيحتاج إلى حيازة مدتها تسع سنوات بدلا من خمس ، ولذلك يفضل أن يتمسك بحيازته هو المقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح دون حيازة البائع المقترنة بسوء النية [1] . وله أن يتمسك بحيازة سلفه دون حيازته هو إذا كانت له مصلحة فى ذلك . وتتحقق هذه المصلحة إذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان المشترى سىء النية . فاذا كانت مدة حيازة البائع قد بلغت خمس سنوات وبلغت مدة حيازة المشترى ثمانى سنوات ، فان من مصلحة المشترى أن تمسك بحيازة البائع وحدها وأن يسقط حيازته هو . فقد بلغت حيازة البائع

---

(١) استئناف وطنى ١١ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٤٧ ص ٤٣ - أول يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ .

خمس سنوات وهو حسن النية ولديه السبب الصحيح وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير ، فتخلص للمشترى ملكية العقار نقلا عن البائع كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد المشترى أن يتمسك بمدة حيازته المقترنة بسوء النية ، فانه لا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة البائع وهى خمس سنوات إلى مدة حيازته وهى ثمانى سنوات ، لنقصه سنتان حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة . فمصلحته إذن فى هذا الفرض هى ألا يتمسك بحيازته ، وأن يقتصر على التمسك بحيازة البائع .

§ ٣ – وقف التقادم المكسب وانقطاعه

(١) وقف التقادم المكسب

(Suspension de la prescription)

٣٨٧ – سريان قواعد التقادم المسقط على وقف التقادم المكسب فيما عدا حكما واحدا – نص قانونى : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بوقف التقادم مع مراعاة أحكام معينة . وقد قررت المادة ٩٧٤ مدنى حكماً يخالف فيه وقف التقادم المكسب وقف التقادم المسقط ، فنصت على ما يأتى :

« أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فانه يقف متى وجد سبب لوقفه (٢) » .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٥ – ص ٥٠٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن وقت التقادم المسقط فى التقنين العراقى يقف أيا كانت مدة التقادم ولا يتقيد بتقادم مدته تزيد على خمس سنوات ، وكذلك يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ويخلص مما تقدم أن قواعد التقادم المسقط فى وقف التقادم تسرى على وقف التقادم المكسب ، فيما عدا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى فى شأن التقادم المسقط من أنه « لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو فى حق الغائب ، أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . ويؤخذ من ذلك أن التقادم المسقط لا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات ، وقد رأينا أن التقادم المكسب على خلاف التقادم المسقط يوقف سريانه أيا كانت مدته كما يقضى بذلك نص المادة ٩٧٤ مدنى فيما قدمنا . ونستعرض فى ضوء ما تقدم قواعد وقف التقادم المسقط لنطبقها على وقف التقادم المكسب ، مع مراعاة ما اختص به التقادم المكسب من هذا الحكم الخاص الذى أشرنا إليه [1] .

٣٨٨ - القاعدة العامة فى وقف التقادم - القاعدة التقليدية التى تقضى بأنه يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه

تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه : وردت القاعدة العامة فى وقف التقادم ، فى شأن التقادم المسقط ، فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدنى ، وتنص على ما يأتى : « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب» [2] . ويسرى هذا النص

---

(١) ويلاحظ أن وقف سريان التقادم غير تأخير سريان التقادم . فوقف سريان التقادم يفترض أن التقادم قد بدأ سريانه فعلا ، ثم عرض من الأسباب ما يقف هذا السريان ، وعند ذلك لا تحسب المدة التى وقف فيها سريان التقادم وتحسب المدة التى سبقت والمدة التى تلت . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه ، فهو إذن لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ ، وذلك كتأخير سريان التقادم حتى يتحقق الشرط الواقف أوحتى يحل الأجل الواقف . أنظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٠ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله فى التقنين المدنى السابق فى الوسيط ٣ فقرة ٦٢١ ص ١٠٦٩ هامش ٢ وص ١٠٧٠ هامش ١ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٧٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٢٢ مدنى سورى) .

على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٣ مدنى ، فلا يسرى التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً ، وكذلك لا يسرى التقادم المكسب فيما بين الأصيل والنائب .

وقد استحدث التقنين المدنى الجديد على هذا الوجه تعديلا هاماً فى أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى التقنين المدنى السابق (١) أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى ، أصبحت فى التقنين المدنى الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدبياً .

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد فى ذلك بقاعدة تقليدية كانت معروفة فى القانون الفرنسى القديم ولا يزال القضاء الفرنسى يأخذ بها على خلاف الفقه الفرنسى ، وهى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه contra non valentem agere non currit proesciptio . فأى مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً فى وقف سريانه .

٣٨٩ - موقف الفقه الفرنسى والقضاء الفرنسى من القاعدة التقليدية :

لم ينقل التقنين المدنى الفرنسى هذه القاعدة التقليدية ، بل هو قد عدد أسباب وقف التقادم ، وقرر فى المادة ٢٢٥١ منه أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص فى القانون .

= التقنين المدنى الليبى م ٣٦٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٧ مدنى ليبى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣٥ (يوافق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ١١٦٢ مدنى عراقى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٦٦ : لا يسرى مرور الزمن ، فى المسائل العقارية ، لا على الغائبين ولا على فاقدى الأهلية بمقتضى القانون .

(١) وبالرغم من ذكر أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى السابق على سبيل الحصر ، فقد كان القضاء المصرى فى عهد هذا التقنين يتوسع فى هذه الأسباب توسع القضاء الفرنسى . فقد قضت محكمة النقض بأن التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق ، مادياً أو قانونياً ، أن يطالب بحقه ، فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالبة بحقه قوة قاهرة (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) . فالتقنين المدنى الجديد لم يفعل إلا أن قنن القضاء المصرى فى هذا الشأن . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ .

وعلى ذلك يأبى الفقه الفرنسى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه : ويحتج لذلك بأن هذه القاعدة التقليدية إنما قامت فى القانون الفرنسى القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب صاحب الحق المهمل ، فاذا ثبت أنه لم يهمل بل تعذر عليه أن يطالب بحقه فلا محل إذن للتملك ضده بالتقادم . وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى القديم يقصرونها على الموانع القانونية التى تحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه ، ولكن ما لبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً ، فانطوى فى القاعدة جميع الأحوال التى يتعذر فيها على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، من قصر وجنون وحجر وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبة منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وغير ذلك . وكان للقانون الكنسى ، وهو ينزع إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير فى توسيع القاعدة . ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن التقنين المدنى الفرنسى أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات ، فنص فى المادة ٢٢٥١ منه على أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص فى القانون . فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة ، فى نظر الفقه الفرنسى ، على سبيل الحصر فى نصوص القانون ، وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة سالفة الذكر : وأياً كان المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، فان هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح فى القانون . ويزيد الفقه الفرنسى على ما تقدم أن التقادم لم يعد يقوم على فكرة عقاب صاحب الحق المهمل ، وهى الفكرة التى تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل : وهى فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه أو لا يقوم ، ففى الحالتين ينبغى أن يتملك الحائز بالتقادم العين التى يحوزها حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القانونية (١) .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى لوران ٣٢ فقرة ٣٧ – هيك ١٤ فقرة ٤١٥ – بودرى –

أما القضاء الفرنسي فلم يساير الفقه الفرنسي فيما ذهب إليه ، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ مدنى فرنسي على أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى نصوص القانون . أما الأسباب التي لا ترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهى غير مذكورة على سبيل الحصر ، ويميل القضاء الفرنسي فى شأنها إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجى يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سببا فى وقف سريانه . ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدنى فرنسي هو القضاء على الامتيازات التي كان يتمتع بها بعض الأشخاص فى القانون الفرنسي القديم ، كالكنيسة والهيئات العامة وأملاك التاج ، فكان التقادم لا يجرى فى حقها أو يجرى تقادم أطول (١) . فقضى النص بأن التقادم يجرى فى حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظرا لحالة شخصية قائمة بهم ، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدنى فرنسي فى خصوص القصر والمحجورين . أما إذا كان المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . ويطبق القضاء الفرنسي القاعدة التقليدية القديمة فى هذا النطاق بعد أن يخرج الموانع التي ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ (٢) . فعنده إذا تعذر على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقفال المحاكم أو غيبة

= وتيسييه فقرة ٣٦٧ – فقرة ٣٦٨ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٢ ص ٩٧٠ – ٩٧١ . وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ – ويذهب أوبرى ورو إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها ، فلا يعتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح فى القانون (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ وحواشى ٢٩ إلى ٣٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ فى آخرها .

(٢) أنظر فى موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٦ وفقرة ٧٤٢ ص ٧٣٩ وفقرة ٧٤٣ ص ٧٤١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٦ .

منقطعة أو جهل صاحب الحق بحقه جهلا مغتفرا أو غير ذلك ، كان هذا كافيا لوقف سريان التقادم [١] . وهذا الاتجاه الذى سار فيه القضاء الفرنسى ، ومن شأنه أن يخفف من حدة ماقد ينطوى عليه التقادم من إنكار لحقوق ثابتة ، هو الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد [٢] .

٣٩٠ – موقف التقنين المدنى المصرى الجديد من القاعدة التقليدية : وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى حصر أسباب وقف التقادم كما سبق القول [٣] . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقص الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا [٤] . فجاءت عبارة النص من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم ، التى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه [٥] .

---

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن التقادم لا يسرى فى حق من يستحيل عليه العمل بسبب مانع ناجم عن القانون أو عن الاتفاق أو عن القوة القاهرة ، واستحالة العمل مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٥٣ سيريه ٥٥ – ١ – ٥١١ – ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٦ – ١ – ٤٢٩ – ٢٧ مايو سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٧ – ١ – ٢٩٠ – ١٩ يوليه سنة ١٨٦٩ داللوز ٧٠ – ١ – ٧٥ – ٣ يناير سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢ – ١ – ٢٢ – ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠ – ١ – ٣١٠ – ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ – ١ – ٦٥ – ١٨ نوفبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ١٠١ – ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٤٢٢) . وانظر أيضاً فى قضاء محاكم الاستئناف الفرنسية إكس ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٢ – ٢ – ٤٦ – باريس ١٦ مارس سنة ١٩٤٩ J. C. P. ١٩٤٩ – ٤٩٦٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٤) أنظر المادة ١/٣٨٨ مدنى آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد التقادم المسقط ، ما يأتى : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ولم ير إيراد الموانع على سبيل الحصر – كالحرب وحالة الأحكام العرفية –

ويشفع للتقنين المدنى الجديد فى مسلكه هذا أنه ، بعد أن أخذ مدة التقادم من الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة وهى مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة فى التقنين المدنى الفرنسى ، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة بالعذر الشرعى ، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضا عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى . ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعى أمران يتلازمان ، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية . وما العذر الشرعى إلا قيام المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، والعذر الشرعى والمانع كلاهما تمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التى كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه .

على أنه من المصلحة أن تضبط ، من ناحية التطبيق ، حدود المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، حتى لا يختل الأساس الذى قام عليه التقادم . فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة ، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة ، ويجب التشدد فى ضبط أسباب وقف التقادم . وقد ورد من هذه الأسباب ، فى نص التقنين المدنى المصرى وفى المذكرة الإيضاحية وفى التقنينات الأجنبية نقص الأهلية والحجر ، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب ، والعلاقة ما بين الزوجين ، والعلاقة ما بين الأصول والفروع ، والعلاقة ما بين الشخص المعنوى ومديره ، والعلاقة ما بين المخدوم والخادم ، وحالة ما إذا

= والأسر وصلة الزوجية والخدمة – على غرار مافعلت بعض تقنينات أجنبية . بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجته ما بقيت الزوجية قائمة ، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوى ونائبه ما بقيت النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل فى حدود التوكيل ، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالى صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل منها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة ، فاذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالا مستنداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد فى خلالها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩) .

كان صاحب الحق غائبا غيبة اضطرارية فى سفر أو أسر أو نحو ذلك ، وحالة اتحاد الذمة : وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص صاحب الحق كما فى القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة ، أو العلاقة بينه وبين الحائز كما فى العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدوم والخادم . وبعض هذه الموانع موانع مادية ، وبعضها موانع أدبية . وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب صاحب الحق بحقه وترجع ، لا لأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات . [1] ونستعرض كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى المصرى[2] .

---

(١) ويجيز القضاء الفرنسى أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك ، كما إذا اتفقا على وقف التقادم فى خلال مدة تحقيق جنائى أو تحقيق إدارى أو فى خلال المدة التى تدور فيها مفاوضات للصلح ، ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه (نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ - ١ - ٣٠٢ - ٢٨ نوفبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٧ - ١ - ٢٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . ويقول بودرى وتيسييه إنه ليس فى هذا الاتفاق ما ينشىء أسباباً جديدة لوقف التقادم ، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام . وليس فى النظام العام ما يمنع من الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين فكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودرى وتيسييه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٦) .

(٢) أنظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٣ - هذا ويجرى القضاء الفرنسى القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه ، أكثر ما يكون ، عندما يقوم المانع فى آخر مدة التقادم ، فتكتمل مدة التقادم والمانع لا يزال قائماً : عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة حالت دون أن يتخذ صاحب الحق الإجراءات القانونية للمطالبة بحقه . أما إذا قام المانع فى وسط مدة التقادم ، ثم زال مع بقاء مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، فانه لا يعتد بهذا المانع ، ولا يعتبر التقادم موقوفاً فى أثناء قيامه ، فقد كان عند صاحب الحق مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع فى خلالها المطالبة بحقه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٢ ص ٧٣٩) .

وقد كان القضاء فى مصر ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، يجرى على هذا المبدأ . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتى لا يقف سريان التقادم ، ولكن للقاضى أن يعفى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع الوقتى ولايزال أمام صاحب الحق مدة كافية لاستعمال حقه وأهمل استعماله حتى انتهت جميع =

٣٩١ - أسباب وقف التقادم التي تنطبق بالتقادم : أهم هذه الأسباب هو السبب المتعلق بناقصي الأهلية والمحجورين . وسواء كانت مدة التقادم هي خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل ، أو كانت خمس سنوات وهي مدة التقادم القصير ، فان التقادم يقف سريانه في حق ناقصي الأهلية والمحجورين(١). وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني صراحة ، كما رأينا(٢) ، على أنه « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فانه يقف متى وجد سبب لوقفه » . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان للمحجور نائب يمثله أو ليس له نائب . ففي حالة ما إذا كان له نائب لا يقف سريان التقادم ، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثه التقنين المدني الجديد . فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ من هذا التقنين في صدد التقادم المسقط على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة

= المدة ، فانه يجب الحكم بالتقادم (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢) . ولما كان التقنين المدني الجديد جاء نصه صريحاً في أن المانع أيا كان يقف التقادم ، ولم يذكر أسباباً محددة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، مما دعا القضاء في فرنسا في الموانع التي لم يرد بها نص إلى اعتبارها بمثابة القوة القاهرة فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت في آخر مدة التقادم فمنعت صاحب الحق من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة ، فان هذه الاعتبارات لا محل لها أمام النص الصريح للتقنين المدني المصري ، ويجب اعتبار أي مانع ولو توسط مدة التقادم ولم يجيء في آخرها سبباً لوقف سريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٦ ص ١٠٨٦ هامش ٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩٦ ص ٦٠٦ هامش ١ - عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

(١) وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فقد نصت المادة ٣٨٢ / ٢ مدني في شأن هذا التقادم على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . فالتقادم المسقط لا يقف سريانه في حق المحجورين ، إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ولم يكن للمحجور نائب يمثله قانوناً (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٨ - ص ١٠٨٠) . أما التقادم المكسب ، الذي نحن بصدده ، فيقف سريانه في حق المحجورين ، سواء كان تقادماً طويلا مدته خمس عشرة سنة أو كان تقادماً قصيراً مدته خمس سنوات (أنظر م ٩٧٤ مدني آنفاً فقرة ٣٨٧) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٧ .

جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » ، وذلك تضييقا من أسباب وقف التقادم باقفال مالا تقوم الضرورة لتبريره . وفى حالة ما إذا لم يكن للمحجور نائب يمثله ، فهنا يقف التقادم لقيام الضرورة إذ لا يوجد نائب عن المحجور يقطع التقادم (١) .

وقد يقوم مانع يتعلق بالشخص ، غير القصر والحجر ، يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك ، وهذه غير الغيبة المنقطعة التى يقام من أجلها وكيل للغائب والتى تدخل فى أسباب الحجر سالفة الذكر . فيقف سريان التقادم ، إلى أن تتهيأ لصاحب الحق أسباب العودة لمباشرة أعماله . وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه مسألة واقع ، تترك لتقدير قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (٢) .

وقد يكون المانع من أن يطالب صاحب الحق بحقه هى العلاقة القائمة بينه وبين الحائز للعين . فالعلاقة مابين الزوجين مانع أدبى لأى منهما من أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام فى الأسرة . فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنقصم عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك (٣) . والعلاقة ما بين الأصول والفروع

---

(١) أنظر فى هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٩ – ص ١٠٨٠ .

(٢) أما إفلاس صاحب الحق فليس سبباً لوقف التقادم ، وعلى السنديك أن يقطع التقادم (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التى تختلف فى الدعاوى بحسب ظروفها ، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧) . أما فى التقنين المدنى الجديد ، حيث النص صريح فى وقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا فالواجب أن تكون علاقة الزوجيه فى الأصل مانعا أدبيا من سريان التقادم . على أنه قد يقع أن ينفصل الزوجان ، ويقوم الشقاق بينهما مع بقاء الزوجية قائمة ، فلا يعود هناك محل للخشية من تعكير صفو السلام فى الأسرة بعد أن تعكر فعلا ، لا سيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين . فى هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال ، وهذه مسألة فى واقع لا معقب فيها على تقدير قاضى الموضوع (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٨١ –

هي أيضا مانع أدبي . وقد يكون مانعا أدبيا علاقة القرابة أيا كانت ، مادامت علاقة وثيقة واقترنت بملابسات تؤكد معنى المنع ، كالعلاقة مابين الأشقاء، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع . والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في المادة ١/٣٨٢ مدنى كما رأينا (١) . ويدخل في ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك في حدود أعمال الوكالة . كما تدخل العلاقة مابين الولي أو الوصي أو القيم بالمحجور ما دام الحجر قائما . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير . ما دامت صفة الإدارة قائمة (٢) .

ويقف سريان التقادم في جميع الموانع التي قدمناها . أيا كانت مدة التقادم : خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

٣٩٢ - أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية :

وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص . بل إلى ظرف مادي اضطراري يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم أيا كانت مدته ، خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

من ذلك قيام حرب مفاجئة . أو نشوب فتنة ، أو إعلان حالة الطوارىء ، إذا كان شيء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها فلا يتمكن صاحب الحق من المطالبة قضائيا بحقه .

ومن ذلك أيضا انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن صاحب الحق من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع.

= هامش ٢) . أنظر في أن قيام الزوجية ، في عهد التقنين المدني السابق ، كان سببا لوقف التقادم : استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - وفي أنها لم تكن سبباً لوقف التقادم في عهد هذا التقنين : استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٢) ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانعاً أدبياً من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء الإداري ٣٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) - وانظر كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ -

والمسألة موكولة إلى تقدير قاضى الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيرا جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه ، فيكون ذلك مانعا يقف سريان التقادم(١) . وقد قضت محكمة النقض بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم ، إذا لم يكن ناشئا عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره ، فاذا كان الحكم قد نفى عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه فى جهله باغتصاب ملكه ، فانه لا يكون مخطئا إذ اعتبر مدة التقادم لاتحتسب فى حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه (٢) .

٣٩٣ - الأثر الذى يترتب على وقف التقادم :

ومتى وقف سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التى تقدم ذكرها ، فان المدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة .

فلو أن شخصا وضع يده على عين مملوكة للغير ، وبقى واضعا يده عشر

---

(١) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢ - نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢١٧ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ - ٢٣٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٣ - بلانيول وريبير بولانجيه ١ فقرة ٣٢١٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civle فقرة ٢٢٥ - وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ هامش ٣٣ - بودرى وتيسييه فقرة ٣٧١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٤ ص ٦٠٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢ - وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ - ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه فهو بمثابة تأخير لسريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هامش ٢) - ونرى من ذلك أنه لا يشترط فى المانع ما يشترط فى القوة القاهرة ، ويكفى فى المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ صاحب الحق حتى يقف سريان التقادم ، وعلى هذا الأساس اعتبر جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة قاهرة بالمعنى الدقيق . ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة - إحداهما عن الأخرى . والأمر فى تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٦ ص ٤٠٩) .

سنوات ، ثم مات المالك وورثه قاصر لم يعين له وصى إلا بعد سنتين من موت المورث ، فان التقادم يقف سريانه مدة هاتين السنتين . وتحسب المدة التى سبقت السنتين وهى عشر سنوات ، فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصى له خمس سنوات يقطع فيها التقادم . فاذا انقضت خمس سنوات من وقت تعيين الوصى دون أن يقطع التقادم ، اكتمل للحائز مدة خمس عشرة سنة يتملك بانقضائها العين بالتقادم المكسب الطويل ، بعد أن يكون قد وضع يده على العين سبع عشرة سنة منها سنتان وقف فيهما سريان التقادم[١] .

ب - انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٣٩٤ - أسباب انقطاع التقادم المكسب : رأينا [٢] أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . وقد ورد فى التقادم المسقط أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية (م ٣٨٣ مدنى) ، كما ينقطع باقرار المدين بحق الدائن (م ٣٨٤ مدنى)[٣] . وهذان السببان لانقطاع التقادم المسقط ينطبقان على التقادم المكسب ، فينقطع

---

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الصحيحة فى احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التى وقف سيره فى خلالها ضمن مدة التقادم ، وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف ، فاذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة (نقض مدنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦

(٣) أما المادة ٣٨٥ مدنى ، وهى متعلقة أيضاً بانقطاع التقادم المسقط ، فتنص على أنه « ١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد ، يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول . ٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، أو كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم » . وسنبين ، فيما يتعلق بكل سبب من أسباب انقطاع التقادم المكسب الأثر الذى يترتب عليه ، فلا نطبق من أحكام المادة ٣٨٥ سالفة الذكر إلا ما يتفق مع طبيعة التقادم المكسب .

هذا التقادم بالمطالبة القضائية وباقرار الحائز بحق المالك . ويضاف إلى هذين السببين سبب ثالث خاص بالتقادم المكسب لأن طبيعة هذا السبب تستعصى على التقادم المسقط ، وهو انقطاع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير (م ٩٧٥ مدنى) .

ويمكن تقسيم هذه الأسباب الثلاثة لانقطاع التقادم المكسب إلى أسباب تصدر من الحائز وهى إقرار الحائز بحق المالك وتخليه عن الحيازة أوفقده إياها ، وأسباب تصدر من المالك وتقتصر على المطالبة القضائية الصادرة من المالك . كذلك يمكن تقسيم أسباب انقطاع التقادم المكسب إلى أسباب انقطاع مدنية (interruption civile) وهى المطالبة القضائية وإقرار الحائز بحق المالك ، وأسباب انقطاع طبيعية (interrupton naturclle) وتقتصر على تخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها . ونستعرض أسباب انقطاع التقادم المكسب الثلاث ، دون نظر إلى تقسيمها . فنبحث انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية ، وانقطاعه باقرار الحائز بحق المالك ، وانقطاعه بتخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها[1] .

٣٩٥ - السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية :
تنص المادة ٣٨٣ مدنى فيما يتعلق بالتقادم المسقط على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى[2] . ولا يكاد ينطبق من هذا

---

(١) والفرق بين انقطاع التقادم ووقفه أن فى وقف التقادم لا تحسب المدة التى وقف فى خلالها ولكن تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة كما سبق القول ، أما فى انقطاع التقادم فنرى أنه لا تحسب المدة التى انقطع فيها التقادم ولا المدة التى سبقت الانقطاع ، ولا تحسب إلا المدة التى تلت زوال أثر الانقطاع إذا كان هناك محل لبدء تقادم جديد . وتنص المادة ٢٦٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه «إذا انقطع مرور الزمن ، فلا تحسب مدة وضع اليد السابقة لإشغال العقار » .

(٢) أنظر فى تاريخ هذا النص وفيما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٢٨—وقد ورد فى قانون الملكية العقارية اللبنانى نص خاص بقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، فنصت المادة ٢٦٥ من هذا القانون على أن «ينقطع مرور الزمن أيضاً إذا طالب صاحب العقار بحقه بدعوى قضائية ، بشرط ألا يكون قد ترك دعواه تسقط » .

النص على التقادم المكسب إلا المطالبة القضائية . أما التنبيه[1] والحجز[2] والطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع ، فيفترض كل ذلك دائنا يطالب بدين له ، فلا ينطبق إلا على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) ، أى بإقامة دعوى بحقه

---

(١) وقد يتصور أن يكون التنبيه (commandemnt) قاطعاً للتقادم المكسب فيما إذا كان المالك بيده ورقة رسمية تعطيه الحق فى تسلم العقار من الحائز فيستطيع أن ينبه على الحائز بموجب هذه الورقة تنبيهاً رسمياً أن يسلمه إياه ، فيتقطع التقادم بهذا التنبيه . كما يجوز أن المالك يرفع دعوى استحقاق على الحائز فيقطع التقادم بهذه الدعوى ، ويحصل عن حكم بالاستحقاق فيبدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . ويعمد المالك بعد ذلك إلى التنبيه على الحائز بموجب الحكم تمهيدا للتنفيذ ، فيقطع التقادم الجديد بهذا التنبيه (بودرى وتيسييه فقرة ٥١٢ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٢٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٣) . وقد كان التقنين المدنى السابق ينص صراحة على أن التنبيه يقطع التقادم المكسب ، فكانت المادة ٨٢/١١٠ من هذا التقنين تنص على أن « تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل أجنبى . وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك الاسترداد بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولو لم يستوف المدعى دعواه ، إنما يشترط فى ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن » . وإذا قطع المالك التقادم بالتنبيه على الوجه سالف الذكر ، فإن تقادماً جديداً يسرى فوراً عقب التنبيه (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٧ ص ١١١٧) .

أما تنبيه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات نزع الملكية فهى إجراءات موجهة من الدائن قبل مدينه ، وأثرها الوحيد هو قطع المدة المسقطة للدين ، ولا تأثير لها على من يكون واضعاً يده على العقار المنزوع ملكيته ومستنداً فى طريق تملكه بمضى المدة ، فإن مدة وضع يده المكسبة للملك لا يقطعها إلا رفع دعوى الملكية عليه من المالك الحقيق (استئناف مصر ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧١ ص ١٧٠) .

(٢) ويتصور بعض الفقهاء حور قطع التقادم المكسب بالحجز إذا وقع المالك حجزاً ضد الحائز للوفاء بالمبالغ المحكوم بها الواردة فى الحكم الذى يقضى بالاستحقاق (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٩ ص ٢٩٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٤) . ويبدو أن توقيع الحجز فى هذا الفرض إنما يقطع التقادم المسقط بالنسبة إلى المبالغ المحكوم بها ، أما إذا بدأ الحائز تقادماً مكسباً جديداً بالنسبة إلى العين المحكوم باستحقاقها ، فإن الحجز لا صلة له بهذا التقادم الجديد ، والظاهر أنه لا يقطعه .

(citation en justiec) [١] . فلابد إذن أن يصل صاحب الحق ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية . فلا تكفى المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل أو بإنذار رسمى على يد محضر (sommation) [٢] .

ولا يكفى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع العين تحت الحراسة [٣] . كذلك لا يكفى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة ، لأن القضاء المستعجل غير مختص إلا بإجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم [٤] . ولكن إذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل ، عن خطأ ، طلبات فى موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية فى هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق أمام محكمة غير مختصة فتقطع التقادم [٥] . ولا يكفى أيضاً لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية ، ولو انتهى

---

(١) ويعتبر مطالبة قضائية المطالبة بطريق الدفع ، والطلبات العارضة ، ودعاوى المدعى عليه ، والتدخل فى الخصومة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٧٣ – ص ٤٧٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٧ ص ٧٢٨) . وتقول المادة ٣٨٣ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى » . أنظر نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٤ ص ١٨٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص ٦١٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٣٩ – استئناف وطنى ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ٥٧ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٠ ص ٦١ – ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤١ ص ٧٢ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ .

(٣) استئناف وطنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٣٠ ص ١٨٤ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٥٤ – فقرة ٢٥٥ .

(٤) بنى سويف ٢ يونيه سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٩ .

(٥) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٣٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٩ – مارتى ورينو فقرة ١٩١ ص ٢٠٥ هامش ٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ١٥١ .

الأمر إلى قبول الطلب ، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته[١] . كذلك لا يكفى لقطع التقادم الطلب المرفوع إلى لجنة إدارية ، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية .

فالواجب إذن ، لقطع التقادم ، أن يطالب المالك الحائز بملكية العين مطالبة قضائية ، أى أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق[٢] . وتصدر المطالبة القضائية من المالك ، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو دائن للمالك يستعمل حقوق مدينه . ولما كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى بل تكفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية ، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم . فتصح المطالبة القضائية فى هذه الحالة من حيث أثرها فى قطع التقادم ولكن يجب للاستمرار فى التقاضى من التوافر على أهلية التقاضى ، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى الولى أو الوصى أو القيم لتصحيح الاجراءات ولاستبقائها قائمة[٣] . وتوجه المطالبة إلى الحائز الذى ينتفع بالتقادم أو إلى من ينوب عنه . فلو وجهت إلى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لايعاب على الحكم ألا يعد طلب الإعفاء من الرسوم قاطعاً للمدة ، ولو كان الفصل فيه قد تأخر أمام اللجنة حتى فاتت مدة التقادم ولم يتسن لذلك رفع الدعوى فى الوقت المناسب ، فان صاحب الحق ، وهو المطالب بالمحافظة عليه ، قد كان عليه أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت (نقض مدنى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠) – وانظر استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٠ ص ٩٨٣ – ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ – ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٧٦ ص ٢٣٨ .

(٢) ويطالبه بالعين ذاتها ، وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه ، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه . فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٤١) .

وتعتبر الدعوى المرفوعة أمام محكمين قاطعة للتقادم ، ويعود التقادم إلى السريان عند انتهاء مأمورية المحكمين (بودرى وتيسييه فقرة ٥١١) .

(٣) ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى قبل الحصول على الإذن الواجب من مجلس الإدارة ، فيقطع التقادم ، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٤) .

مستأجر منه ليست له صفة فى تمثيله فإنها لا تقطع التقادم[١] . ويرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز لقطع التقادم طبقا لأحكام المادة ٧٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . وتنص هذه المادة على أنه « على المدعى أن يتقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صورا منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها . وتعتبر الدعوى قاطعة للتقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا ، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها » . فتعتبر دعوى الاستحقاق إذن قاطعة للتقادم المكسب من وقت تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا ، ولو أن المدعى عليه الحائز للعين لم يعلن بعد بصحيفة الدعوى[٢] .

٣٩٦ – رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة : وقد جاء فى صدر المادة ٣٨٣ مدنى ، كما رأينا[٣] ، أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة » . فإذا أخطأ المالك ورفع الدعوى على الحائز أمام محكمة غير مختصة ، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم

---

(١) ولا يعتبر البائع ممثلا للمشترى فى الدعوى اللاحقة للتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى فى الوقف إلى ناظره (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) .

(٢) وفى المشروع الجديد لتقنين المرافعات تنص المادة ١/٦٣ منه على أن « ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . فالأصل إذن ، طبقاً لمشروع تقنين المرافعات ، أن الدعوى تعتبر مرفوعة ، وتقطع التقادم ، من وقت إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ، أى قبل تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين . وعلى المدعى عند تقديم صحيفة دعواه إلى قلم كتاب المحكمة أن يؤدى الرسم كاملا (م ١/٦٥ مشروع تقنين المرافعات) ، ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك . وعليه فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب (م ٦٧ مشروع تقنين المرافعات) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٠ – ص ١٠٩٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٩٥ .

اختصاص المحكمة [١] . وذلك لسببين : (أولهما) أن القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الأحوال . فيلتبس الأمر على المالك ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فرفع الدعوى يكفي لقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة . ويفرض القانون أن المالك لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر . إذ لا مصلحة له في تكبد المصروفات وإضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع في هذا الخطأ [٢] . (والسبب الثاني) أن المالك ، وقد رفع الدعوى على الحائز يطالبه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته المحققة في أنه يريد تقاضي هذا الحق قضائيا . ويستوى في ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة . وهذه النية من جانب المالك هي الأصل في قطع التقادم .

ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصا محليا أو غير مختصة اختصاصا نوعيا . ففي الحالتين ينقطع التقادم . ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) ، كرفع الدعوى أمام القضاء الإداري وهي من اختصاص القضاء العادي أو العكس . يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدمناهما في رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فمسائل الولاية أشد تعقيدا في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص . ونية المالك في المطالبة بحقه قضائيا محققة [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ .

(٢) لذلك إذا كان المدعي عالماً بحقيقة الأمر أو كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الوضوح بحيث لا يكون هناك أي محل للبس فالظاهر أن التقادم لا ينقطع ، وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الدعوى بالدين المحال به لأجنبي أمام المحكمة المختلطة وحكم هذه المحكمة بعدم الاختصاص لأن الحوالة صورية لا يقطع التقادم إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة الوطنية المختصة (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . وقضى بأن رفع الدعوى ابتداء إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (استئناف مختلط ١٩ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص٤٤)، وبأن رفع دعوى الإرث أمام المحكمة الشرعية لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الحائز لعين من أعيان التركة (أسيوط الكلية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٨ ص ٢٥٨) .

(٣) استئناف وطني ٢٧ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٠ ص ١٣٥ — ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١١١ ص ٢٦٥ — وقرب نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥ — محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٢٤٩ ص ٢٥٦ — عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥٥ ص ٢٨٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص ٦١٤ .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٥ — ص ١٠٩٦ .

٣٩٧ - بطلان صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورفض

الدعوى : تنص المادة ٢٢٤٧ مدنى فرنسى على أنه « إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضى المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن » . وليس فى التقنين المدنى المصرى مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة . فيمكن الأخذ بأحكامه فى مصر[١] .

فصحيفة الدعوى ، إذا كانت باطلة لعيب فى الشكل ، فليس لها وجود قانونى ، ولا يترتب عليها أى أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم[٢] .

كذلك إذا كان المالك ، بعد أن رفع الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ترك الخصومة بإعلان منه للحائز على يد محضر أو بتقرير منه فى قلم الكتاب أو ببيان صريح فى مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويا بالجلسة وإثباته فى المحضر (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة قبول الحائز لترك المالك الخصومة إذا كان الحائز قد أبدى طلباته فى الدعوى قبل صدور الترك من المالك (م ٣٠٩ مرافعات) ، فانه يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك صحيفة الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف ، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى (م ٣١٠ مرافعات). ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك

---

(١) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ – ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٩ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ – ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ – ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٨٠ .

(٢) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ – استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥ – ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ . ومع ذلك قارن استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ – وينتقد الفقه الفرنسى التنافر بين الحكم القاضى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضى بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلا لا تقطع التقادم . مع أن البطلان فى الحالة الأولى يرجع إلى المالك وفى الحالة الأخيرة قد يرجع المحضر (مركاديه م ٢٢٤٢ فقرة ٣ – لوران ٣٢ فقرة ٩٧ – جيوار فقرة ٢٠٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣١ ص ٧٢٩ – ص ٧٣٠ – وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٤٩٨ ص ٣٧٦) .

انقطاع التقادم فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم الذى كان قد بدأ سريانه مستمرا أبدا فى السريان . فإذا كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل ، فإن الحائز يكسب الحق بالتقادم المكسب . أما إذا كان التقادم لم يكتمل ، فإن ترك الخصومة لا يمس الحق الذى رفعت به الدعوى . ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق . أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد(١) .

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى دون أن يسار فى الدعوى بفعل المالك أو امتناعه . وذلك وفقا للمواد ٣٠١ – ٣٠٣ مرافعات ، فإن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك صحيفة الدعوى . ولكنه لا يسقط الحق فى أصل الدعوى (م ٣٠٤ مرافعات) . ويخلص من ذلك أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن . وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإن كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة كسب الحائز الحق . وإن كان لم يكتمل فإن الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه . ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد . فإذا وقف السير فى الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذوو الشأن من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة ، انقضت الخصومة فى جميع الأحوال بمضى خمس سنوات على آخر إجراء صحيح (م ٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء خمس السنوات ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك . ومتى انقضت الخصومة على هذا النحو ، فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وماترتب عليها من الآثار . ويدخل فى ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإذا كان

(١) على أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذى ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول إن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٨) .

قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد كسب الحائز الحق بالتقادم المكسب . وإن كان لم يكتمل استمر فى السريان إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد .

بقى الفرض الأخير ، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال ما دام المدعى قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها الحائز ، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقضى . فلا حاجة إذن للبحث فى زوال انقطاع التقادم واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسى يجيب على ذلك بأن هناك أحوالا يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر فى سريانه منذ البداية . ويتحقق ذلك فيما إذا رفع المالك الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ثم رفضت دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلا بالحالة التى هى عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفى الشروط التى كانت غير متوافرة . فإذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطع الحائز أن يدفعها بقوة الأمر المقضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد اكتمل . ولا يستطيع المالك أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، فإن الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها فى قطع التقادم[1] .

٣٩٨ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية : وإذا انقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، بقى أثر الانقطاع قائما ما دامت الدعوى قائمة . فإذا انتهت بحكم نهائى يقضى للمالك بطلباته ، واسترد المالك

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٥ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٦ - ص ١١٠٠ .

وقد يقضى بشطب الدعوى عملا بأحكام قانون المرافعات القديم ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه إذا كان قد قضى بشطب دعوى فى ٢٠ من أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، فإن هذا القرار لا يترتب عليه إعمال الفقرة الثانية من المادة ٩١ مرافعات جديد باعتبار الدعوى كأن لم تكن لبقائها مشطوبة ستة أشهر دون أن يطلب المدعى السير فيها ، وذلك لصدور هذا القرار فى ظل قانون المرافعات القديم المعمول به حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، مما يترتب عليه أن تظل الدعوى منتجة لكافة آثارها المتعلقة بقطع التقادم بالرغم من شطبها مادام أنه لم تتخذ بشأنها إجراءات سقوط الخصومة التى كان معمولا بها فى ذلك القانون (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٥٦) .

العين ، ولكن الحائز عاد إلى حيازتها مدة أخرى بنية تملكها ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم الأول مدته خمس سنوات لأن الحائز أصبح سيء النية . وكذلك يبدأ تقادم جديد ولو لم يسترد المالك العين وبقيت في يد الحائز ، واستمر هذا في حيازتها بنية تملكها[١] . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات المالك[٢] ، أو بترك المالك للخصومة ، أو بسقوط الخصومة بسنة أو بخمس سنوات ، فقد قدمنا[٣] أن هذا يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما أحدثته من الآثار ومنها قطع التقادم ، فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لايزال ساريا منذ البداية . وقد تنتهي الدعوى ، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائي بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم ، ويظل التقادم منقطعا طوال المدة التي تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسري من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذي قطع ومدته ، ويكون خاضعا لنفس القواعد التي تسري عليه[٤] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك أقامت دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطيان قضي فيها ابتدائياً برفضها ، ولما استأنفته قضي في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بإلغاء الحكم المستأنف بتثبيت ملكيتها للقدر الذي تدعيه ، فرفع الطاعن التماساً عن هذا الحكم قضي فيه بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ بعدم قبوله ، وقد ظل واضعاً يده على هذه الأطيان ولم تنفذ مصلحة الأملاك الحكم الصادر لها ، حتى أقام الطاعن دعواه الماثلة على المطعون عليها في ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضي فيه لمصلحة الأملاك ، مؤسساً دعواه على اكتمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ ، فان هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التي يسري التقادم ضدها . وإذا كان الالتماس مرفوعاً من الطاعن فانه لايكون له أثر في قطع هذا التقادم ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى إذا رفضت يزول أثرها في قطع التقادم ، فيعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذي كان قد بدأ قبل رفعها مستمراً في السريان (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) . وانظر نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٤ ص ٧٣٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٧ .

(٤) نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ – وانظر فيما تقدم بودري وتيسييه فقرة ٥٤٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣١ – الوسيط ٣ فقرة ٦٣٧ ص ١١٦ – ص ١١١٧ .

ولا يتعدى أثر انقطاع التقادم المالك الذى قطع التقادم . فإذا كانت أرض شائعة بين عدة ملاك ، وقطع أحدهم التقادم برفع الدعوى على الحائز ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الملاك فى الشيوع الآخرين ، بل يقتصر أثر قطع التقادم على المالك فى الشيوع الذى قطع التقادم . وإذا حاز أرضا عدة حائزين على الشيوع ، فقطع المالك التقادم بالنسبة إلى أحدهم برفع الدعوى عليه ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الحائزين الآخرين[1] .

كذلك لا يتناول انقطاع التقادم إلا الحق الذى قطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق . فإذا كان للمالك أرض حازها شخص بنية تملكها ، وحاز شخص آخر حق ارتفاق عليها ، وقطع المالك التقادم بالنسبة إلى حق الملكية فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الارتفاق ، أو قطع التقادم بالنسبة إلى حق الارتفاق فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الملكية[2] .

٣٩٩ – السبب الثانى لانقطاع التقادم المكسب – إقرار الحائز بحق المالك : تنص المادة ٣٨٤ مدنى على أن « ١ – ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا . ٢ – ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ وهامش ٦٠ – بودرى وتيسييه فقرة ٥٥٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣٢ – ولكن رفع الدعوى على الوقف يقطع التقادم ولو تغير ناظر الوقف الذى رفعت فى مواجهته الدعوى فيسرى انقطاع التقادم على النظار المتعاقبين . لأن كلا منهم إنما يمثل الوقف نفسه (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه ، فإن تغاير الحقان أو تغير مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) . وقضت أيضاً بأن دعوى الضمان التى يرفعها المشترى على البائع هى غير دعوى الاستحقاق التى يرفعها البائع على المتعرض ، فرفع إحدى الدعويين لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ – ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٥٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦ .

وتحديد ما للمطالبة القضائية من أثر فى قطع التقادم وما يشترط فى هذه المطالبة حتى تقطع التقادم ، كل ذلك من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

يد الدائن مالا ، وهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين » . ولا ينطبق من هذا النص على التقادم المكسب إلا الفقرة الأولى . أما الفقرة الثانية فيقتصر تطبيقها على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحق المالك . فإذا مضت مدة على حيازة الحائز دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر الحائز أن العين ملك لصاحبها ، فإنه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة الحيازة. ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها بعد تكاملها جائزا ، فأولى أن يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها. ويؤدى ذلك إلى انقطاع التقادم الذى كان ساريا وعدم الاعتداد بالمدة التى انقضت ، وابتداء تقادم جديد من وقت صدور الإقرار .

وليس الإقرار بحق المالك القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع ، وإلا لما كان من شأنه أن يقطع التقادم ، فان تقرير الحائز أن العين مملوكة لصاحبها لا يتعارض فى طبيعته مع سريان التقادم . ولكن الإقرار هنا ينطوى على نزول الحائز عن الجزء الذى مضى من مدة التقادم ، فهو كإقرار المدعى عليه أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى هو نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات مايدعيه[١] .

ويشترط فى إقرار الحائز بحق المالك ، وهو الإقرار الذى يقطع التقادم المكسب ، أن يكون الحائز متوافرا على أهليه التصرف فى العين التى يحوزها . ذلك لأن هذا الإقرار قطع التقادم ، ولو لم يقطعه فاكتملت مدته لملك الحائز العين ، فالإقرار إذن ينطوى على ضرب من التصرف فى العين[٢]. وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فالإقرار الذى يقطع هذا التقادم لا يشترط فى صحته أهلية التصرف ، بل تكفى أهلية الإدارة . ذلك لأن الإقرار القاطع للتقادم المسقط يتمحض نزولا عن مدة التقادم ولا ينطوى على تصرف فى الحق ، فالصبى المميز إقراره صحيح وقاطع للتقادم المسقط فى حدود أهليته للإدارة[٣].

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٢٤٩ .

(٢) عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٢٩٢ ص ٣٠٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢٦ ص ٥٥٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦١٨ .

(٣) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٣٣ ص ١١٠٨ – وانظر فى وجوب أهلية التصرف فى الإقرار القاطع للتقادم المكسب دون التقادم المسقط أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ د ص ٤٨٤ – ص ٤٨٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص ٧٣٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٠ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨٠ – محمد على عرفة فقرة ١٥٧ – ولكن أنظر مع ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٤ د – فقرة ٥٣٥

وإقرار الحائز بحق المالك ، على النحو الذى بيناه ، تصرف صادر من جانبه وحده . فلاحاجة لقبول المالك لهذا الإقرار ، ولا يجوز للحائز بعد الإقرار أن يرجع فيه (١).

٤٠٠ - الإقرار الصريح والإقرار الضمنى : ويكون إقرار الحائز بحق المالك إقرارا صريحاً ، أو إقرارا ضمنيا .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار يكفى . وقد يكون مكتوبا أو غير مكتوب ، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة ، موجها إلى المالك أو غير موجه إليه . وقد يكون فى صورة اتفاق بين الحائز والمالك ، أو فى صورة اتفاق بين الحائز والغير ، أو صادرا من جانب الحائز وحده دون أى اتفاق . وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة المالك فيقر الحائز فى هذا المحضر بأن العين التى فى حيازته هى ملك للميت ، أو فى إيجاب صادر من الحائز دون أن يقترن به قبول من المالك ، أو فى مذكرات يتقدم بها الحائز فى قضية لا يكون المالك خصما فيها ، أو فى عقد قسمة ، أو فى تصفية شركة ، أو فى تصرف قانونى حكم ببطلانه دون أن يمس البطلان بالحق الوارد فى هذا التصرف (٢) .

والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيعتبر إقرارا ضمنيا مفاوضة الحائز للمالك فى دفع تعويض له عن العين ، أو دفع الحائز الضرائب عن العين لحساب المالك ، أو تسليم الحائز ثمار العين للمالك . وإذا عرض الحائز على المالك أن يدفع مبلغا على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا العرض إقرارا ضمنيا بحق المالك ، إذ أن رغبة الحائز فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتماً أنه يقر بحق المالك (٣) ، وقاضى الموضوع هو

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٣ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٣٣ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص ٧٣٢ - وقد قضى بأن القضاء ببطلان الصلح الذى تضمن الإقرار لا يزيل ما ترتب على الإقرار من قطع التقادم (طنطا الكلية ٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ ص ٤٣٢) . وقضى بأن بطلان التسوية المنطوية على الإقرار يبقى الإقرار قائماً قاطعاً للتقادم (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧) . وقضى بأن الإقرار الحاصل فى أثناء سير الإجراءات يقطع التقادم مستقلا عن هذه الإجراءات ، ولا يزول أثره بابطالها (استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٤) .

(٣) نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٤ .

الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من الحائز ينطوى على إقرار ضمنى . ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (١) .

٤٠١ – إثبات الإقرار : ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى ، ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء ، فان إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى ولوكان صادراً من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة العين التى يراد قطع التقادم فيها لاتزيد على عشرة جنيهات . فان زادت وجب الإثبات بالكتابة أوبما يقوم مقامها . وعبء الإثبات يقع على المالك الذى يدعى انقطاع التقادم (٢) .

٤٠٢ – ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب باقرار الحائز بحق المالك : إذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار الحائز بحق المالك.لم يعتد بمدة الحيازة التى سبقت هذا الإقرار وتعتبر كأن لم تكن . ولكن إذا بقى الحائز على حيازته للعين بنية تملكها ، بدأ سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة فوراً عقب هذا الإقرار . وذلك حتى لوكان الحائز فى مدة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ – ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧) . وقضت فى الحكم الأول من الحكمين المتقدمين بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع فى استفادته إلى فعل مادى مختلف على دلالته أوإلى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أوالضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أواقتضاؤه . فى الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض ، لأن حكم القاضى فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أوالأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية . أما فى الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع التقادم ، وعلى من تكون الورقة قاطعة ، وفيم تكون ، أى على ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب (demand enjustice) من الشرائط القانونية ، فيكون فصل القاضى فى ذلك فصلا فى مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

وانظر فيما تقدم بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص ٧٢٣ – الوسيط ٣ فقرة ٦٣٤ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٥ – الوسيط ٣ فقرة ٦٣٥ ص ١١١٢ .

حيازته الأولى حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان يستطيع التملك بالتقادم القصير أى بخمس سنوات . فانه بعد أن أقر بحق المالك انقطع هذا التقادم ، والتقادم الجديد الذى بدأ سريانه عقب انقطاع التقادم السابق لم يكن فيه حسن النية بعد أن أقر بحق المالك.(١)

بل إن إقرار الحائز بحق المالك قد يكون مصحوباً بنية أن يكون الحائز من وقت الإقرار حائزاً لحساب المالك ، كما لواستأجر الحائز من المالك العين التى يحوزها ، فأقر على هذا الوجه بحق المالك وفى الوقت ذاته أصبح يحوز العين لحساب المالك وانقلبت حيازته من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية . ففى هذه الحالة لايبدأ تقادم جديد عقب إقرار الحائز بحق المالك على هذا النحو ، بل تبقى حيازته حيازة عرضية غير صالحة للتملك بالتقادم أصلا(٢) . وذلك إلى أن تتغير صفة الحيازة العرضية فتصبح حيازة أصيلة مرة أخرى بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر من الحائز نفسه يعتبر معارضة لحق المالك ، فيبدأ سريان تقادم جديد ولكن من تاريخ تغير صفة الحيازة (٣).

٤٠٣ – السبب الثالث لانقطاع التقادم المكسب – تخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها – نص قانونى : تنص المادة ٩٧٥ مدنى على ما يأتى :

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤ ص ٧٣٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٢ ص ١٠٤٢ – كاربونييه ص ٢١١ محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٣ – ص ٢٩٤ – وقارن عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢٠ – ص ٦٢١.

(٢) وقد نصت محكمة النقض بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة ، مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ١١٧ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥٢ ص ١٠٩٨). وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٢ – كولان وكابيتان ودى لا موراندبير ا فقرة ١١٨٩ – كاربونييه ص ٢١١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٤ – ص ٢٩٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢١ .

(٣) ويلاحظ أن مجرد إقرار الحائز بحق المالك لا يترتب عليه وحده تحول صفة الحيازة إلى حيازة عرضية ، إذ لا تعارض بين هذا الإقرار وبين بقاء الحائز حائزا لحساب نفسه وإن أقر بحق المالك . فلا بد إذن لتحول الحائز إلى حيازة عرضية عن طريق الإقرار بحق المالك ، أن يصحب هذا الإقرار ما يدل على أن الحائز أصبح يحوز العين لحساب المالك لا لحساب نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤) .

١ – ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أوفقدها ولو بفعل الغير » .

٢ « غير أن التقادم لاينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد » .(١)

وواضح ، كما قدمنا(٢) ، أن هذا السبب لقطع التقادم ينفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط . لأن المفروض فيه أن تزول الحيازة والحيازة لاتكون إلا فى التقادم المكسب . ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا زالت الحيازة قبل أن يكتمل التقادم المكسب ، فان هذا التقادم ينقطع . ذلك بأن التقادم المكسب يقوم على أساسين : بقاء الحيازة عند الحائز المدة اللازمة قانوناً ، وعدم مطالبة المالك بحقه . فاذا اختل أحد هذين الأساسين ، بأن لم تبق الحيازة عند الحائز إلى أن تكتمل مدة التقادم ، أوطالب المالك بحقه (أوما

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ سئل كيف لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز فى خلال سنة ، فأجيب « بأن هذا قاصر على فقد الحيازة المادية ، وعكس ذلك فى التخلى فان الانقطاع فيه ولو يوماً واحداً يكفى لقطع المدة » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٧٥ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٦ – ص ٥٠٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٨٢/١١٠ : تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد ، إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى . . . . » .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦١ : لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة ، أو رفع دعوى إعادة اليد فى هذا الميعاد . (وتتفق أحكام التقنين العراقى مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٦٤ : ينقطع مرور الزمن عندما يفقد مدعيه اليد ، حتى ولو فقدها بسبب شخص ثالث . (وتتفق أحكام القانون اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى)

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٤ .

يعدل ذلك أقر له الحائز بهذا الحق) ، فان التقادم المكسب ينقطع ، ولا يعتد بالمدة التي سبقت انقطاعه [١] .

وقد سبق أن بينا [٢] كيف تزول الحيازة . فهي تزول بفقد عنصريها المادى والمعنوى معاً ، أو بارادة الحائز وحده ، فيتخلى هذا عن حيازة العين ، ويغلب أن يكون ذلك في المنقول دون العقار . وقد تزول الحيازة بفقد الحائز للعنصر المادى وحده أى للسيطرة المادية على العين ، ويفقد الحائز هذه السيطرة إذا انتزع منه المالك نفسه أوالغير حيازته للعين عقاراً كانت أو منقولا ، أو سرقت منه العين أو ضاعت إذا كانت منقولا . ففى هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقد السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوى واحتفظ بالقصد ، فان عنصراً من عنصرى الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة [٣] وقد تزول الحيازة بفقد الحائز عنصرها المعنوى وحده ، فيفقد عنصر القصد فى أن يحوز العين لحساب نفسه ويصبح حائزاً لها حيازة مادية لحساب الغير ، وتتحول حيازته بذلك إلى حيازة عرضية غير صالحة لأن تؤدى إلى التقادم المكسب [٤] .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٨٤ ص ١٠٣٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ – فقرة ٣١١ .

(٣) ويلاحظ ما تقضى به المادة ١/٩٥٧ مدنى من أنه لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى ، والمفروض أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أوقوة قاهرة وأنه مانع وقتى زواله مترقب ، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقتة ولا يلبث أن ينحسر فتعود لحائز الأرض السيطرة المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة فى هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية ، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى فى أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) .

(٤) ولا يعتبر فقداً للحيازة بقطع التقادم أن يكون الحائز الذى انتقلت إليه الحيازة إنما يحوز لحساب الحائز السابق الذى انتقلت منه الحيازة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عين البنك العقارى حارساً على الأرض للمحافظة على حقوق الدائنين ، وتسلم هذه الأرض ، وارتفعت يد مالكها عنها ، فان ذلك لا يصلح اعتباره قطعاً للتقادم ، لان وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع البنك بها لنفسه ، بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . وقضت أيضاً بأن وضع يد الغير على العين لا يكون قاطعاً للتقادم إلا إذا كانت حيازته لها لحساب نفسه ، فاذا كان هذا الغير قد عرض على ذى الشأن فى وضع اليد تعويضاً –

وسواء فقد الحائز الحيازة بالتخلى عنها وهذا فرض نادر . أو فقدها بفقد العنصر المادى وحده أو العنصر المعنوى وحده على النحو سالف الذكر . وسواء كان من انتزع منه الحيازة هو المالك نفسه أو الغير . فان الحيازة تزول ، ومن ثم ينقطع التقادم إذا كانت مدته لم تكتمل .

وقطع التقادم بفقد الحيازة على الوجه المتقدم الذكر له أثر مطلق ، فينقطع التقادم ، لا بالنسبة إلى من انتزع الحيازة وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى كل ذى مصلحة فى التمسك بقطع التقادم . فلو أن عيناً يملكها شخصان على الشيوع ، ووضع شخص ثالث يده عليها ، ثم انتزع أحد المالكين على الشيوع الحيازة من واضع اليد ، فان التقادم ينقطع ، لا بالنسبة إلى المالك الذى انتزع الحيازة وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى المالك الآخر على الشيوع الذى لم ينتزع الحيازة . ذلك بأن فقد الحيازة أمر مادى ، وحقيقة واقعة تنتج أثرها بالنسبة إلى الجميع ، وليست كالتصرف القانونى يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه[1] .

٤٠٤ — ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها : يجب فى هذا الصدد التمييز بين تخلى الحائز عن الحيازة اختياراً ، وبين فقده إياها بغير إرادته .

ففى حالة تخلى الحائز عن الحيازة اختياراً ، ينقطع التقادم بمجرد هذا التخلى ، ولو استرد الحائز الحيازة بعد يوم واحد من تخليه عنها . فلو أن الحيازة قبل التخلى دامت وقتاً طويلا دون أن تكتمل مدة التقادم ، فان هذا الوقت الطويل الذى سبق التخلى لا يعتد به ما دام التقادم قد انقطع . وإذا استرد الحائز الحيازة بعد التخلى ، فانه يبدأ حيازة جديدة ، ويبدأ بذلك سريان تقادم جديد من وقت استرداد الحائز للحيازة[2] .

= تعويضاً عن مدة حيازته ، فان يده على العين تكون بمثابة استمرار يد ذى الشأن عليها ، وإذن فالحكم إذا أسقط من مدة التقادم المدة التى استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على الأرض المتنازع عليها مقابل تعويض دفعته لذى اليد ، بانيا ذلك على أن هذا الاستيلاء يقطع التقادم لأنه كان بفعل أجنبى ليس بينه وبين ذى اليد اتفاق يجعله نائباً عنه فى وضع اليد — هذا الحكم يكون مخطئاً متعيناً نقضه (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥ ص ٣٧) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٨٧ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٧٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

وفى حالة فقد الحائز الحيازة بغير إرادته ، وكانت العين عقاراً [١] ، فان للحائز أن يسترد العقار بدعوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض) فى خلال سنة من وقت فقده إياها . فان استرد الحيازة فعلا فى خلال سنة ، أو رفع دعوى الحيازة فى خلال هذه المدة وهى المدة التى يجوز فى أثنائها رفع دعاوى الحيازة وانتهت الدعوى باسترداد الحيازة ولو بعد انقضاء السنة [٢] ، فان الحيازة لا تعتبر قد زالت أصلا ، بل تعتبر باقية دائماً لدى الحائز وذلك بالرغم من أنه كان قد فقدها [٣] . وعلى ذلك لا ينقطع التقادم ، بل يستمر سارياً كما لو كانت الحيازة لم تفقد ، وذلك إلى أن تكتمل مدة التقادم أو إلى أن يقطع بسبب من أسباب الانقطاع التى سبق بيانها . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٧٥ مدنى فى هذا الشأن كما رأينا [٤] : « غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة ، أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد » [٥] . والمفروض أن العين عقار ، وإن كان النص لم يصرح بذلك ، حتى يمكن أن يرفع فى شأنها دعوى الحيازة . فاذا لم يسترد الحائز الحيازة فى مدة السنة ، ولم يرفع فى خلال هذه المدة دعوى الحيازة لاستردادها ، فان التقادم ينقطع فى هذه الحالة بانقضاء السنة [٦] .

---

(١) أما إذا كانت العين منقولا ، وفقد الحائز حيازة هذا المنقول بغير إرادته ، فان التقادم ينقطع بفقد الحيازة . فمن أضاع منقولا فقد حيازته ، وليس له أن يستبق الحيازة بمحض نيته ولو لم يفقد الأمل فى العثور عليه (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) ، ويترتب على فقد الحيازة انقطاع التقادم . فاذا استرد الحائز حيازة المنقول بعد أن فقدها ، بدأت حيازة جديدة وبدأ معها سريان تقادم جديد .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٦٩ ص ٣٥٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٣ .

(٥) وهذا هو عين ما قررته محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى هذا المعنى . فقد قضت بأنه مادام القانون المصرى قد حدد لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التى حددها القانون الفرنسى ، فقد دل بذلك على أنه قصد هو الآخر إلى أن الحكم باعادة وضع يد الحائز يزيل شائبة الانقطاع الطبيعى ، فتكون الحيازة رغم ما طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . فقنن التقنين المدنى الجديد ما سبق أن قرره القضاء فى هذه المسألة

(٦) بودرى وتيسييه فقرة ٤٦٩ وفقرة ٤٧١ مكررة .

ولا يبدأ سريان تقادم جديد إلا إذا استرد الحائز حيازة العقار بعد انقضاء السنة . وعندئذ يبدأ سريان هذا التقادم الجديد من وقت استرداد الحائز للحيازة .

المطلب الثانى

إعمال التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه

§ ١ — إعمال التقادم المكسب

٤٠٥ — وجوب التمسك بالتقادم المكسب وجواز النزول عنه بعد اكتماله — سريان قواعد التقادم المسقط : إذا اكتملت مدة التقادم ، بعد مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذى تقدم ذكره ، فإن الحق لا يكسب بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للحائز من أن يتمسك به . بل إنه يجوز للحائز ، بعد اكتمال مدة التقادم ، ألا يتمسك به وأن ينزل عنه . فيبقى الحق لصاحبه ولا يكسب الحائز بالتقادم .

فهناك إذن مسألتان : (١) وجوب التمسك أو الدفع بالتقادم . (٢) النزول عن التقادم . وفى كلتا المسألتين تسرى قواعد التقادم المسقط . فقد رأينا(١) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه .

١ — وجوب التمسك بالتقادم المكسب والدفع بالتقادم :

٤٠٦ — قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب : تنص المادة ٣٨٧ مدنى ، فيما يتعلق بالتقادم المسقط ، على أنه « ١ — لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين . ٢ — ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية »(٢) .

فإذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب ، خلص لنا ما يأتى : ١ — لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك

---

(١) أنظر آنفاً فقرة [illegible] .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى : الوسيط ٣ فقرة [illegible] .

به . ٢ – ويتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذى مصلحة . ٣ – ويجوز التمسك بالتقادم المكسب فى أية حالة كانت عليها الدعوى .

٤٠٧ – لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به : لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بكسب الحق بالتقادم ، بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك به . فاذا ما تمسك به ذو المصلحة ، وجب على المحكمة أن تقضى به . وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته فى أن يجرى التقادم ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الاعلان . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعاً (exception) يدفع به الحائز دعوى المالك ، ولا بد لذى الشأن من إبداء هذا الدفع والتمسك به [١] .

وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص ، فأية عبارة تدل فى وضوح على أن الحائز يتمسك بالتقادم تكفى . ولكن لا يكفى أن يتمسك الحائز بالتقادم فى مرافعته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية ، ولا يكفى تمسكاً بالتقادم ما كان عاماً من طلباته الختامية ، كالتقدم إلى المحكمة فى أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع [٢] . ذلك بأن التمسك بالتقادم يجب أن يكون طلباً قائماً بذاته ، ولا يندرج فى طلب أصلى عام [٣] . ويجب أن يقع التمسك به أمام القضاء ، فلا يكفى التمسك به فى أثناء محاولات الصلح . وإذا تمسك الحائز بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقضت له بذلك ، فبحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فانه لا يكفى فى الاستئناف أن يطلب تأييد

(١) ويخلص من ذلك أمران : (أولا) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً acte juridigue قائماً على إرادة الحائز المنفردة volonté unilatérale ؛ بل هو دفع يدفع به الحائز مطالبة المالك (ثانيا) وهذا الدفع لا يثيره القاضى من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٨ .

(٣) نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ .

الحكم المستأنف ، بل لا بد له من التمسك بالتقادم من جديد (١) . والتمسك بالتقادم الطويل لا يغني عن التمسك بالتقادم القصير (٢) . وكذلك التمسك بالتقادم القصير لا يغني عن التمسك بالتقادم الطويل . إذ (٣) أن لكل تقادم شروطه وأحكامه (٤) .

وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية : ١ – ليس كسب الحق بالتقادم من النظام العام . فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة . إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة الحائز الخاصة . فالحائز وشأنه . إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك . وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله . ٢ – هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالا وثيقاً بضمير الحائز . فان كان الحائز مطمئناً إلى أن له حقاً ، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات حقه بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم ألا حق له ، وتحرج من التذرع بالتقادم ، فقد فتح

(١) بودری وتيسيه فقرة ٤٢ – فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ – الوسيط ٣ فقرة ٦٤٣ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل ، كان للمحكمة أن تبحث من تلقاء نفسها فى توافر شروط كسب الحق بالتقادم القصير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٧ – ديجون ٩ يناير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ – ٢ – ٨٥) . ولكن التمسك بالتقادم الطويل لا يقتضى النظر فى شرطى السبب الصحيح وحسن النية الواجب توافرهما فى التقادم القصير ، وحتى يمكن النظر فى هذين الشرطين يجب التمسك بالتقادم القصير ، فلا يغنى إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم الطويل (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٣).

(٣) وهناك رأى يذهب إلى أن التمسك بالتقادم القصير إذا استبعدته المحكمة وجب عليها ، دون طلب خاص ، البحث فى انطباق التقادم الطويل (عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٤) . ولكن النظر فى استكمال المدة من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة يقتضى التحقق مما إذا كانت الحيازة قد استمرت دون توقف أو انقطاع فى عشر السنوات التالية لخمس السنوات الأولى ، ولا يجوز ذلك إلا إذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل ، فلا يغنى إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم القصير (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ، وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام ، ولا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى ، كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

له القانون الباب لذلك عن طريق عدم التمسك بالتقادم. ٣-يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محلا لمناقشاتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه [١] .

٤٠٨ - تمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذى مصلحة : والأصل أن الحائز هو الذى يتمسك بالتقادم المكسب ، كما يتمسك به خلف الحائز عاماً كان أو خاصاً . فلوارث الحائز أن يتمسك بالتقادم ، وللمشترى من الحائز كذلك أن يتمسك به ، بل إن مدة الحائز قد تضم إلى مدة خلفه ليكتمل التقادم كما سبق أن بينا [٢] .

كذلك يستطيع أن يتمسك بالتقادم كل ذى مصلحة [٣] ، وبوجه خاص دائنو الحائز . فيجوز لدائن الحائز أن يتمسك بالتقادم نيابة عن مدينة الحائز (الدعوى غير المباشرة) ، ولا يعترض على ذلك بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك بأن من حق الدائن أن يعتمد على أن مدينه الحائز قد ملك العين بالتقادم ، فيستطيع هو أن ينفذ عليها باعتبارها داخلة فى أموال مدينة [٤] . ومهما يكن من أمر ، فنص المادة ١/٣٨٧ مدنى صريح ، كما رأينا [٥] ، فى جواز أن يستعمل الدائن حق مدينه الحائز فى التمسك بالتقادم . وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً ، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص صريح هنا فى جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينه فى التمسك بالتقادم ؛

---

(١) أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص ٤٢ - الوسيط ٣ فقرة ٦٤٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(٣) فيجوز للبائع ، ولمن لا يزال دائناً للمشترى بالثمن كالمحال له بالثمن من البائع ، أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة المشترى ، وذلك حتى يتمكن من التنفيذ بالثمن على العقار المبيع (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٥ - نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ - ١ - ٢٦١ - أنسيكلو بيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٤٢) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٠ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٦ .

وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى الدعوى غير المباشرة [١] . هذا وسنرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه الحائز فى التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر الحائز على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطا خطوة أخرى إيجابية ونزل عن التقادم أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه الحائز فى التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة ، إذا سكت الحائز عن التمسك بالتقادم . وله كذلك ، إذا نزل الحائز عن التقادم ، أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح فى طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز . فهو إذا طعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد ، بعد أن ينجح فى طعنه ، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة [٢] .

٤٠٩ – يجوز التمسك بالتقادم المكسب فى أية حالة كانت عليها الدعوى :
ولما كان التمسك بالتقادم المكسب دفعاً موضوعياً ، فان لذى المصلحة أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى [٣] . فله أن يتمسك به منذ البداية ، وقبل الدخول فى أى دفع موضوعى أو شكلى . وله أن يؤخره إلى أن يستنفد جميع دفوعه الأخرى الشكلية والموضوعية ، فاذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم [٤] . وكل ما ينبغى أن يحتاط له أمران : ١ – ألا ينطوى تأخيره للدفع بالتقادم على معنى المنزول عنه ضمناً ، فانه إذا نزل عنه لم يعد بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دفعاً بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهى من أوجه الدفاع التى يبديها . ٢ – ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فانه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أى طلب [٥] .

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ .
(٢) أنظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٤٨ وفقرة ٦٥٠ .
(٣) استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢ .
(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .
(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨ – فقرة ٤٩ .

فان فات الحائز الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة ، فانه يستطيع ، ما لم ينطو تركه للدفع أمام محكمة أول درجة على معنى النزول ، أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى إلى وقت إقفال باب المرافعة [1] .

فاذا لم يدفع الحائز بالتقادم لا أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة الاستئنافية ، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض [2] . ذلك بأن محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع ، وليس الدفع بالتقادم كما قدمنا معتبراً من النظام العام حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها [3] . لكن إذا استطاع الحائز أن يحصل من محكمة النقض على حكم بنقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم ، كخلل فى الإجراءات أو خطأ فى تطبيق القانون فى مسألة أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فانه يجوز للحائز أمام محكمة الإحالة ، وهى محكمة موضوع ، أن يدفع بالتقادم لأول مرة ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك إلى وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة [4] .

ب – النزول عن التقادم المكسب

٤١٠ – قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٨ مدنى ، فيما يتعلق بالتقادم المسقط ، على أنه « ١ – لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون . ٢ – وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت

---

(١) م ٣٨٧/ ٢ مدنى آنفاً فقرة ٤٠٦ – بودرى وتيسيه فقرة ٥٠ – فقرة ٥٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٤ ص ٨١٥ – ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ – ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٧ ص ٥٣٢ – استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٥ ص ٢١ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٥٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٩ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٥٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ – وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٥١ – فقرة ٦٥٤ .

الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم » (١) . فاذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب . خلص لنا ما يأتى :
١ – عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه(٢) .
٢ – جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه . ٣ – جواز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم مكسب لم يكتمل .

٤١١ – عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدما قبل ثبوت الحق فيه: يكاد يتعذر أن نتصور كيف يتحقق هذا النزول فى التقادم المكسب . وكان من الممكن القول إنه لا يتحقق إلا فى التقادم المسقط ، وإنه يستعصى على طبيعة التقادم المكسب فلا محل لتطبيقه على هذا التقادم (٣) . ولكن يمكن مع ذلك أن نتصور فرضاً ، وإن كان بعيد الوقوع ، يتفق فيه المالك مع الحائز (كصاحب حق انتفاع أو محتكر) على أن ينزل الحائز عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه بل قبل سريانه . ويكون هذا إجراء أشد من قطع التقادم بالمطالبة القضائية أو باقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأنه فى حالة قطع التقادم على هذا الوجه أو ذاك يمكن سريان تقادم جديد على النحو الذى قدمناه (٤) ، أما فى حالة الاتفاق على النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه وقبل سريانه ، لو صح هذا الاتفاق . فانه لا يبدأ سريان تقادم

(١) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى فى الوسيط ٣ فقرة ٦٥٥ .

وقد نصت المادة ٢٦٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « لا يجوز العدول مسبقاً عن مرور الزمن ، إنما يمكن لكل شخص مطلق اليد بحقوقه أن يتخلى مسبقاً عن حق مكتسب بمرور الزمن » .

(٢) ويلحق بهذه القاعدة ، وفقا لنص المادة ٣٨٨ / ١ مدنى ، عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم المكسب تختلف عن المدة التى عينها القانون . ففى التقادم المكسب الطويل تكون المدة خمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر ، وفى التقادم المكسب القصير تكون المدة خمس سنوات ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر . وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠) .

(٣) بلانيول وريبير بيكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ – بلانيول وريبير بولانجيه ١ فقرة ٣٢٢١ – كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٩٥ ص ٧٤٠ – مارتى ورينو فقرة ١٩٧ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ فقرة ٤٠٢ .

جديد إذ أن الحائز قد نزل مقدماً عن التقادم . على أنه إذا أمكن تصور مثل هذا الفرض ، فحكم القانون صريح فى بطلانه ، إذ تقول المادة ١/٣٨٨ مدنى كما رأينا [١] « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه » [٢]

ويستوى ، فى عدم جواز النزول عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه ، أن يكون التقادم طويلا مدته خمس عشرة سنة أو قصيراً مدته خمس سنوات .

٤١٢ – جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه :

فإذا اكتملت مدة التقادم المكسب ، طويلا كان التقادم او قصيراً ، وثبت حق الحائز فى التمسك به ، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى فيما قدمنا [٣] .

وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً ، ولا يشترط فى النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة فقد يكون مكتوباً أو شفوياً [٤]. ولكن يجب فى إثبات هذا النزول ، وهو تصرف قانونى ، اتباع القواعد العامة فى الإثبات فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العين على عشرة جنيهات . وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه ضمنياً ، وأكثر ما يكون ذلك إذا أغفل الحائز الدفع بالتقادم عمداً بحيث يفهم من موقفه أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع . ولكن ليس من الضرورى أن يستخلص من تأخير الدفع بالتقادم أن الحائز

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) ويجب التمييز بين الاتفاق على النزول مقدماً عن التقادم قبل أن يكتمل ، والاتفاق على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة (أنظر آنفاً فقرة ٣٩٠ فى آخرها فى الهامش) . فالاتفاق الأول باطل ، بخلاف الاتفاق الثانى فهو صحيح (نانسى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ – ٢ – ١٦١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ – أنسيكلو بيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٧٨) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٤) فإذا اعترف المدعى عليه ، بعد اكتمال مدة التقادم ، فى أوراق صادرة منه ، بملكية المدعى ، كان هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق فى التملك بالتقادم ، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلا أم كان قصيراً (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٦٩) .

قد نزل عنه ، فقد قدمنا[١] أن له أن يدفع بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ما لم يستخلص من ظروف تأخيره للدفع أنه قد نزل عنه . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستخلص من موقف الحائز ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم[٢] ، ولا يفترض ذلك عند الشك فإن النزول عن الحق لا يفترض . وقد يستخلص النزول الضمنى مثلا من قبول الحائز ، بعد اكتمال مدة التقادم ، أن يدفع للمالك أجرة للعين[٣] .

والأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، كما تقول المادة ٢/٣٨٨ مدنى فيما رأينا[٤] ، هى أهلية التصرف ، فلا تلزم أهلية التبرع ولا تكفى أهلية الإدارة . أما أن أهلية التبرع لا تلزم ، فذلك لأن الحائز لا يكسب الحق إلا إذا تمسك بالتقادم ، وهو لم يتمسك به بل نزل عن حقه فيه . فهو إذن لم يكسب الحق حتى يقال إن نزوله عن التقادم هو بمثابة تبرع بهذا الحق بعد أن كسبه ، ومن ثم لا تلزم أهلية التبرع[٥] . وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى ، فذلك لأن الحائز بنزوله عن حقه فى التمسك بالتقادم لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة ، بل يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك ، إذ هو قد نزل عن حق إذا كان لم يكسبه فإنه كان يستطيع كسبه .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٢) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص١١٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن حق التمسك بمضى المدة ليس من النظام العام ، فإذا تنازل عنه الخصم بأن تعهد بالقيام بما عليه من الالتزامات ، فإنه لا يسوغ له بعد ذلك أن يعود فيتمسك به (استئناف وطنى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٣ ص ٢٥) . وانظر فى أمثلة أخرى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٤ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٥) وقد كتبنا فى الجزء الثالث من الوسيط فى هذا الصدد ما يأتى : « وبالرغم من أن النص صريح فى أن الأهلية الواجبة هى أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى ما يأتى : ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار ، ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) . وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح (الوسيط ٣ فقرة ٦٦١ ص ١١٤٢ هامش ٣) .

فلا تكفى إذن أهلية الإدارة ، بل تجب أهلية التصرف . ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم المكسب ، وكذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلا خاصاً فى ذلك (١) .

وإذا نزل الحائز عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه على النحو الذى بيناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد لا حاجة له إلى قبول المالك ، وكان هذا النزول ملزماً لا يجوز الرجوع فيه (٢) . وإذا لم يكن لدى الحائز سبب آخر غير التقادم لتملك العين ، واستمر على حيازته بعد النزول عن حق التمسك بالتقادم . فمن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد (٣) . ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة حتى لو كانت مدة التقادم السابق خمس سنوات ، فالتقادم القصير لا يكون إلا إذا كان الحائز حسن النية ، وقد انتفى حسن النية هنا بنزوله عن التقادم السابق ، وانطوى هذا النزول على إقرار منه بأن العين قد آلت إليه من غير مالك ، فلم يعد يستطيع أن يتملك بالتقادم القصير .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٥ .

(٢) والنزول عن التمسك بالتقادم ليس كما قدمنا نزولا عن الحق ذاته بعد كسبه ، بل هو نزول عن كسب الحق . فلا تثبت له صفة النقل caractère translatif بل تثبت له صفة الترك caractère abdicatif . ويترتب على ذلك ما يأتى : (ا) لا يكون النزول ناقلا للملكية من الحائز إلى المالك ، وإلا لوجب قبول المالك ، ولكان النزول تصرفاً صادراً من الجانبين لا تصرفاً صادراً من جانب واحد . (ب) لو كان النزول ناقلا للملكية ، أى أنه يعيد الملكية إلى المالك بعد أن كسبها الحائز ، لكان هبة تخضع لقواعد الهبة الموضوعية . ولكنه لا يخضع لهذه القواعد ، إذ هو مجرد ترك الحق لصاحبه ، ولا يقتضى أهلية التبرع بل تكفى فيه أهلية التصرف . (ح) ولا يخضع للتسجيل . (د) ولا لرسوم نقل الملكية . أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٨ وفقرة ٧٥٣ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥ – مازو فقرة ١٥١٤ – مارتى ورينو فقرة ١٩٧ ص ٢١٠ .

(٣) وهذا بخلاف النزول عن التقادم مقدما قبل ثبوت الحق فيه ، فقد قدمنا أنه لو صح لما كان يعقبه سريان تقادم جديد ، إذ أن الحائز يكون قد نزل مقدماً عن التقادم ، أى نزل عن أى تقادم يسرى فى المستقبل (انظر آنفاً فقرة ٤١١) .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٨٨ / ٢ مدنى كما رأينا [١] « على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم » . وفى هذا تطبيق لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانونى صدر من المدين ، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه . وقد رأينا [٢] من قبل كيف أن المادة ١/٣٨٧ مدنى قد طبقت قواعد الدعوى غير المباشرة ، فأزالت الشبهة فى جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم فى التمسك بالتقادم وهو حق متصل بشخصه ، بل هو رخصة لم ترق إلى مرتبة الحق . والآن نرى أن المادة ٢/٣٨٨ مدنى هى أيضاً تزيل الشبهة فى جواز الطعن بالدعوى البولصية فى نزول المدين عن التمسك بالتقادم ، مع أن نزول المدين هذا تصرف لا ينقص من حقوقه ولا يزيد فى التزاماته [٣] ، فكان الواجب ، لولا النص ، ألا يقع هذا التصرف تحت طائلة الدعوى البولصية . على أن القواعد الأخرى للدعوى البولصية يجب تطبيقها هنا بدقة . ومن ثم يشترط أن يكون نزول الحائز عن التمسك بالتقادم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سبباً فى إعسار الحائز أو فى زيادة إعساره . فإذا بقى الحائز موسراً بعد النزول عن التقادم ، فلا شأن لدائنيه بهذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم لا يعتبر تبرعاً كما قدمنا ، فإنه يشترط ، لعدم نفاذ هذا النزول فى حق الدائنين ، أن يكون منطوياً على غش من الحائز وأن يكون المالك الذى صدر لمصلحته هذا النزول على علم بهذا الغش [٤] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٣ .

(٤) وهذه المسائل مختلف فيها كل الاختلاف فى فرنسا (انظر بودرى وتيسيه فقرة ١١٣ – فقرة ١١٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٦ – مارتى ورينو فقرة ١٩٧ ص ٢١٠) . أما فى مصر ، فالنصوص صريحة لا تسمح بترديد صدى هذا الاختلاف (انظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٦٢ ص ١١٥ هامش ١) .

هذا وإذا نزل الحائز عن التمسك بالتقادم فى الدعوى المرفوعة عليه من المالك فقضى للمالك بحقه ، وفات دائنى الحائز أن يتدخلوا فى الدعوى ليطعنوا بالدعوى البولصية فى نزول الحائز ، فإن لهم أن يطعنوا فى الحكم الصادر فى الدعوى بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، بشرطه

٤١٣ – جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل : وقد يقع أن الحائز ينزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولا عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلا ، ولا بعد اكتماله فيكون نزولا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن في أثناء سريان التقادم . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التي انقضت ، لأنه نزول عن حق في مدة قد انقضت فعلا . ومن ثم تزول هذه المدة ولا يعتد بها في حساب التقادم ، ويبدأ تقادم جديد يسري من وقت النزول عن المدة التي انقضت .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع للتقادم عن طريق إقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأن الحائز إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق المالك ، فيقطع الإقرار التقادم ، ولا يعتد بالمدة التي انقضت كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار[١] .

§ ٢ – الآثار التي تترتب على التقادم المكسب

٤١٤ – التقادم المكسب سبب لكسب الملكية : ليس التقادم المكسب مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين التي حازها المدة اللازمة للتقادم ، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية[٢] .

= أن يثبتوا غش الحائز وتواطؤه مع المالك الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (بودري وتيسييه فقرة ١٢٠) . وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ص ١٠٦٣) أن الدائنين إذا نجحوا في الطعن في نزول الحائز عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٨٨ مدني ، فإن عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينهم الحائز تطبيقاً لأحكام المادة ١/٣٨٧ مدني .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٦٠ – فقرة ٦٦٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ – ويترتب على هذا التكييف أنه ما دام النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه هي أهلية التصرف لا أهلية الإدارة ، إذ أن أهلية التصرف واجبة في قطع التقادم المكسب ، بخلاف التقادم المسقط فتكفي في قطعه أهلية الإدارة (انظر آنفاً فقرة ٣٩٩) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٦٣ .

(٢) انظر شفيق شحاته فقرة ٢٨٠ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٥٠٩ ص ٥٣٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٧٧ – ومع ذلك نرى محكمة النقض تردد في بعض أحكامها أن التقادم قرينة قانونية قاطعة على الملك . من ذلك ما قضت به من أن الأساس التشريعي للتقادم هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد (نقض مدني ٨ ديسمبر =

فلو أن الحائز كان غير مالك للعين ، وحازها مدة خمس عشرة سنة فى التقادم المكسب الطويل . أو خمس سنوات فى التقادم المكسب القصير . وتمسك بالتقادم ، فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذى كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز ، ويصبح هذا الأخير هو المالك ، وسبب انتقال الملكية إليه هو التقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير (١) . وهذا ما تؤكده المادة ٩٦٨ مدنى فى التقادم المكسب الطويل ، فهى تقول كما رأينا (٢) : « من حاز منقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » . فالحائز إذن يكون له « أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى » ، ويتحقق هذا الكسب عن طريق التمسك بالتقادم المكسب الطويل ، فهذا التقادم يكون بناءعلى ذلك سبباً من أسباب كسب الملكية (٣) . وهذا

=سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه إذ كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلا على أن العين التى تحت يدها موقوفة وقفاً صحيحاً ولو لم يحصل به إشهاد (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩ .

(١) ومع ذلك قد يبقى للمالك دعاوى شخصية يستطيع أن يسترد بها العين . ويصعب تصور ذلك فى التقادم المكسب الطويل ، إذ أن هذه الدعاوى الشخصية ، تسقط بالتقادم المسقط بنفس المدة التى تكسب بها العين بالتقادم المكسب ، وهى خمس عشرة سنة . ولكن يمكن تصور ذلك فى التقادم المكسب القصير : يشترى شخص عقاراً من غير مالك ، ويكون البيع قابلا للإبطال أو قابلا للفسخ ، ويحوز المشترى العقار بحسن نية وبهذا السبب الصحيح خمس سنوات ، فيملكه بالتقادم المكسب القصير . ولكن يستطيع المالك الحقيقى أن يستعمل دعوى البائع فى إبطال البيع أو فسخه ، إذ هو دائن له فيكون من حقه أن يستعمل دعاوى مدينه ، فيبطل البيع أو يفسخه ، ومن ثم يسترد العقار من تحت يد المشترى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٤ – ص ٥٢٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٣) وقد قضى بأن التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفى بذاتها سبباً لكسب الملكية ، وليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير=

ما تؤكده أيضاً المادة ١/٩٦٩ مدنى فى التقادم المكسب القصير ، إذ تنص : « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات » . فالتقادم بخمس سنوات يكسب إذن الحائز ملكية العقار أو الحق العينى العقارى ، وعلى ذلك يكون التقادم المكسب القصير هو أيضاً سبب من أسباب كسب الملكية [1] .

والحائز الذى يكسب الملكية بالتقادم يستطيع أن يتمسك بكسبها عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى . فإذا رفع المالك عليه دعوى الاستحقاق دفع دعواه هذه بالتمسك بالتقادم ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدفع [2] كذلك يستطيع أن يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى ، فلو أن العين بعد أن تملكها بالتقادم المكسب خرجت من حيازته ، فإنه يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب سبباً لكسب الملكية ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى [3] .

= المسجل على انتقال حيازة العين إليه ، وتكون حيازته فى هذه الحالة امتداداً لحيازة سلفه البائع له (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٨ ص ٨٩٠) . وانظر نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ (حتى لو اقترنت الحيازة بعقد ثبتت صوريته أو بطلانه) – استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٣ ص ١٨٢ .

(١) انظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٦ ص ١٨ – ص ١٩ – مازو فقرة ١٥٠٧ – وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٣ – ص ٤٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المنازعة التى أثارها المالك الأصلى للعقار تجاه حائزه لاحقة لاكتمال مدة التقادم الطويل المكسب لملكية الحائز ، فانه لا يعتد بها (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

(٣) وهناك من الشرائع ما لا يجعل التمسك بالتقادم إلا بطريق الدفع ، فيكون التقادم أقرب إلى التقادم المسقط منه إلى التقادم المكسب ، كالقانون الرومانى والشريعة الإسلامية. ففى القانون الرومانى كان التقادم المكسب الطويل (praescriptio longi temporis) ، الذى أدخله البريطور إلى جانب التقادم المكسب (usucapio) ليسرى على أراضى الأقاليم وعلى الأجانب ، لا يعطى فى أول الأمر للحائز إلا دفعاً ضد دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ، وإن كان قد انتهى إلى أن يكون دفعاً ودعوى ، فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق ، كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة (انظر آنفاً فقرة ٣٦٨) . وفى الشريعة الإسلامية لا يعطى مرور الزمن للحائز إلا دفعاً ، فإذا دفع عليه المالك دعوى الاستحقاق استطاع أن يدفعها بعدم جواز سماع الدعوى لمرور الزمن ، ولكنه لا يستطيع إذا خرجت العين من حيازته أن يدفع هو دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ، فيكون التقادم فى الشريعة الإسلامية تقادماً مسقطاً لا تقادما مكسباً (انظر بودرى وتيسيه فقرة ٦٢٠ ص ٤٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٤) .

٤١٥ – التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي : وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم عن طريق التمسك به ، فإن الملكية تنتقل إلى الحائز ، لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب ، بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم . فيعتبر الحائز مالكاً للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها ، ويكون مالكاً إياها طوال مدة التقادم (١) واستناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت بدأ سريانه إنما تقضي به طبيعة نظام التقادم . والهدف الذي يرمي هذا النظام إلى تحقيقه . فهو يرمي إلى حماية الأوضاع المستقرة، وقد أخذت هذه الأوضاع تستقر منذ بدأ سريان التقادم . ومن ذلك الوقت أخذ الحائز يظهر بمظهر المالك ويتعامل في العين تعامل الملاك فيديرها ويؤجرها ويقبض ثمارها ويرتب عليها حقوقاً للغير . فاذا اكتملت مدة التقادم وملك الحائز العين أيجوز بعد ذلك أن تناقش هذه الأوضاع التي استقرت ومضت عليها مدة طويلة ، فاطمأنت إليها الناس ؟ الواجب إذن الرجوع إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم ، واعتبار الحائز مالكاً للعين من ذلك الوقت (٢) .

ويترتب على أن للتقادم المكسب أثراً رجعياً على النحو الذي قدمناه ، وأن الحائز يعتبر مالكاً للعين منذ بدء الحيازة ، النتائج الآتية :

(أولا) : أن الحائز الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك ، حتى لو لم يتملك هذه الثمار استقلالا بالقبض أو بالتقادم . فقد يكون سيء النية ولا يمضي على قبضه للثمار مدة خمس عشرة سنة ، فلا يستطيع أن يتملك الثمار بالقبض لأنه سيء النية ، ولا أن يتملكها بالتقادم لأنه لم يمض على حيازته إياها مدة خمس عشرة سنة . ومع ذلك لا يرد الثمار للمالك ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتقادم . فقد اعتبر الحائز مالكاً منذ بدأ سريان التقادم كما قدمنا ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار فيتملك الثمار باعتباره مالكاً لأصل العين (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ .

(٢) بودري وتيسييه فقرة ١٠٣ مكررة – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٦ – كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ .

(٣) بودري وتيسييه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٧ – كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ – مازو فقرة ١٥٠٩ ص ١٢١٠ – مارتي ورينو فقرة ١٩٦ – كاربونييه ص ٢١٤ .

(ثانياً) : إذا رتب المالك ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي وضع الحائز يده عليها كحق رهن فان هذا الحق ، إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك الحائز به فملك العين ، لا يسرى في حق الحائز (١) . ولا يفسر ذلك إلا الأثر الرجعي للتقادم المكسب ، فان الحائز يعتبر مالكاً للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فلا يكون المالك السابق مالكاً إياها في خلال هذا الوقت وهو الوقت الذى رتب فيه حق الرهن ، ومن ثم يكون الرهن صادراً من غير مالك فلا يسرى في حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم . أما الحقوق العينية التي يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم ، فانها تسرى في حق الحائز حتى بعد أن يتملك العين بالتقادم . إلا إذا كانت قد انقضت بالتقادم المسقط أو انتقلت إلى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية (٢).

---

(١) كذلك لو باع المالك العين ، ولكنها بقيت في حيازة الحائز ولم ينقطع التقادم إلى أن اكتملت مدته ، فان الحائز يعتبر مالكاً للعين من بدء الحيازة ، ولا يسرى في حقه البيع إذ يعتبر صادراً من غير مالك . وتنتج الحيازة أثرها في حق المالك وفي حق المشترى منه ، دون أن يكون الحائز مضطراً إلى ابتداء حيازة جديدة في حق المشترى من المالك ، فالحيازة القديمة تكفى مادامت لم تنقطع . وإذا وقف المالك العقار في خلال مدة التقادم واكتملت المدة ، فان الحائز يتملك العقار بالتقادم العادى ولا يسرى الوقف في حقه . وقد قضى بأنه إذا وضع شخص يده على عقار ، ثم حصل وقف العقار بمعرفة مالكه الأصلى وظلت يد الحائز قائمة دون المالك الأصلى ، تملك الحائز العقار بمدة التقادم العادى ، ولا يسرى الوقف في حق الحائز (طنطا الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٧ ص ٤٧٠) .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ – مازو فقرة ١٥٠٩ – ١٥١٠ – مارتى ورينو فقرة ١٩٦ . فاذا رتب المالك قبل بدء سريان التقادم حق رهن على العين ، فان تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يستتبع انقضاء الرهن ، بل يبقى الرهن قائماً حتى يزول بسبب من أسباب انقضائه . كما إذا انقضى بانقضاء الدين المضمون به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فان تملكه العقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن ، بل يكون للدائن المرتهن الحق في نزع ملكية العقار وفاء لدينه . ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن ، إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذى كفله نص المادة ٥٥٤ مدنى من استيفاء حقه بالأولوية والتقدم من ثمن ذلك العقار في أى يد يكون . كما أن فيه إجازة لسقوط الرهن مستقلا عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضى إلا بانقضائه (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٠١) . وانظر أيضاً استئناف مختلط دوائر

(ثالثاً) : إذا رتب الحائز ، فى خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التى حازها، ثم تملك العين بالتقادم ، فان هذا الحق يصبح نافذا باتاً (١). والأثر الرجعى أيضاً هو الذى يفسر ذلك، فان الحق العينى الذى رتبه الحائز فى خلال مدة التقادم كان صادراً من غير مالك إذ أن مدة التقادم لم تكن قد

مجتمعة ١٧ مايو سنة ١٩٢٧م ٣٩ ص ٥٧٧ – استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٨ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٠ – ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧ . وكالرهن سائر الحقوق العينية التبعية كحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، ولم يقرر المشرع المصرى ، كما قرر المشرع الفرنسى فى المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى . سقوط الرهن والامتياز بالتقادم (محمد على عرفه ٢ فقرة ١٥٩ ص ٢٩٩) . أما إذا قرر المالك قبل بدء سريان التقادم حقوقاً عينيه أصلية ، كحق الانتفاع أو حق ارتفاق . فإذا لم يستعمل المنتفع أو صاحب العقار المرتفق حق الانتفاع أو حق الارتفاق طوال مدة الخمس العشرة سنة مدة التقادم الطويل ، فان الحائز يكسب ملكية العين خالية من حق الانتفاع أو حق الارتفاق ، إذ يكون قد كسب الملكية بالتقادم الطويل المكسب ، وسقط حق الانتفاع أو حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو التقادم المسقط . ويلاحظ هنا أن التقادم المسقط يكتمل مستقلا عن التقادم المكسب وإن كانت مدتهما واحدة ، فقد يعترض أحد النوعين من التقادم سبب للوقف أو للانقطاع لا يعترض التقادم الآخر . ويلاحظ أيضاً أنه كما يسقط حق الانتفاع بالتقادم المسقط ، فانه يجوز كذلك كسبه بالتقادم المكسب ، وذلك إذا وضع الحائز يده على العين باعتبارها غير مثقلة بحق الانتفاع ، فيكون قد وضع يده على كل من الرقبة وحق الانتفاع وملك كلا منهما بالتقادم المكسب الطويل . أما حق الارتهان هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ، فيسقط به . وإذا كان لدى الحائز سبب صحيح وكان حسن النية ، فانه يملك العقار بخمس سنوات مدة التقادم القصير ، وفى هذه الحالة يبقى العقار مثقلا بحق الارتفاق أو بحق الانتفاع لأن أيا من الحقين لم يسقط بعدم الاستعمال إذ لم يمض على تركه إلا خمس سنوات . ولكن يجوز أن يتملك الحائز بالتقادم القصير حق الانتفاع إذا وضع يده على العقار باعتباره غير مثقل بهذا الحق ، أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ومدته خمس عشرة سنة . وإذا كسب الحائز حق الانتفاع بالتقادم القصير ، فانه يكسبه مستقلا عن حق الرقبة ، وإن كانت مدة التقادم القصير فى كل منهما واحدة ، فقد يعترض تقادم حق الانتفاع أو تقادم الرقبة سبب للوقف أو للانقطاع لا يعترض التقادم الآخر (انظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٣ – ص ٥٢٤ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٦ – اسماعيل غانم ص ١٣٢ – ص ١٣٣) .

(١) بودرى وتيسييه فقرة ١٠٣ ص ٩٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٧ – كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٣ – مازو فقرة ١٥٠٩ – مارتى ورينو فقرة ١٩٦ – كاربونييه ص ٢١٤ .

إكتملت ، فكان ينبغي أن يبقى مُعتبراً أنه صدر من غير مالك حتى بعد اكتمال مدة التقادم لو أن التقادم المكسب لم يكن له أثر رجعي . أما وهذا التقادم له أثر رجعي ، فان الحائز يعتبر مالكاً للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فيكون مالكاً لها وقت أن رتب الحق العيني ، ومن هنا يصبح هذا الحق نافذاً باتاً كما سبق القول .

١٦ – تخلف التزام طبيعي عن التقادم المكسب : وكما يتخلف التزام طبيعي عن الالتزام الذي ينقضي بالتقادم المسقط ، وقد صرحت بذلك المادة ١/٣٨٦ مدني إذ تقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي »[1] . كذلك يتخلف التزام طبيعي عن الحق الذي يكسب بالتقادم المكسب . فاذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب ، ولم يكن قبل التقادم مالكا لها ، فانه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزماً التزاماً طبيعياً نحو المالك الحقيقي برد العين إليه[2] .

والآثار التي تترتب على هذا الالتزام الطبيعي هي نفس الآثار التي تترتب على أي التزام طبيعي . وأهم هذه الآثار هي : (١) يجوز للحائز أن يوفي مختارا وعن بينة من أمره بالتزامه الطبيعي ، فيرد العين . فاذا كان الحائز ، بعد التمسك بالتقادم وكسب الحق ، قد استجاب لداعي ضميره فرد العين إلى مالكها الحقيقي ، كان هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعا . ومن ثم لا يشترط في هذا الوفاء شكل خاص ، ولا تشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للحائز أن يسترد العين بعد ردها للمالك الحقيقي[3] وغني عن البيان أن الالتزام الطبيعي

---

(١) انظر في تاريخ النص وفيما يقابله في التقنين المدني السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٦٤ – وانظر في تخلف الالتزام الطبيعي عن التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٦٧٥ – فقرة ٦٨٠ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ هامش ١ – بودرى وتيسييه فقرة ١٠٤ ص ٩٠ – ص ٩١ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٤ ص ٧٤٣ – مازو فقرة ١٥١٣ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ١٠٤ ص ٩١ – أما إذا كان الحائز قد رد العين لمالكها الحقيقي قبل التمسك بالتقادم ، فان ذلك يكون تنفيذاً لالتزام مدني لا لالتزام طبيعي ، لأنه لم يملك العين بالتقادم إذ هو لم يتمسك به ، فيبقى التزامه بالرد التزاماً مدنياً (بودرى وتيسييه فقرة ١٠٤ ص ٩١ – ص ٩٢) . وعلى ذلك لا يستطيع بعد أن يرد العين للمالك الحقيقي أن يستردها منه حتى لو كان قد ردها عن غلط ، كأن كان وقت أن ردها لا يعلم باكتمال مدة التقادم كان يظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل . وكان يستطيع استردادها لو أنه ردها عن غلط تنفيذاً للالتزام الطبيعي الذي تخلف في ذمته (الوسيط ٣ فقرة ٦٦٥ ص ١١٥٤) .

لا يتخلف فى ذمة الحائز ، إلا إذا كان هذا الأخير لا يملك العين قبل التقادم واعتمد فى تملكها على التمسك بالتقادم . فيكون ضميره فى هذه الحالة هو الرقيب عليه ، فقد يدعوه إلى رد العين لمالكها الحقيقى حتى يأخذ كل ذى حق حقه ، ويكون هنا قد وفى بالتزام طبيعى . أما إذا كان تملك العين قبل التقادم، وإنما لجأ إلى التمسك بالتقادم تخففا من عبء إثبات ملكيته للعين ، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعى ، بل يملك الحائز العين بالتقادم دون أن يتخلف أى التزام طبيعى عن ذلك . فالأمر إذن موكول إلى ضمير الحائز ، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله [1] . (٢) تجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعى المتخلف فى ذمة الحائز سببا صحيحا لإنشاء التزام مدنى . فاذا كان الحائز ، بدلا من أن يرد العين فعلا لمالكها الحقيقى ، تعهد بأن يردها إليه ، فانه ينشىء بهذا التعهد التزاما مدنيا فى ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم برد العين التزاما مدنيا ، فلا يكفى مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته [2] . (٣) ولكن لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى المتخلف فى ذمة الحائز . إذا قصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعى . ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعى وهو يعتقد أنه التزام مدنى . فان التزامه يكون التزاما طبيعيا مثل الالتزام الأصلى ، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين [3]

المبحث الثانى

الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية

المطلب الأول

كسب ملكية العقار

(التقادم المكسب القصير فى العقار)

٤١٧ ـ نص قانونى : تنص المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى .

« ١ ـ إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات » .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٦ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٧ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٩ ص ١١٧٣ .

« ٢ – ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق » .

« ٣ – والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحب للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون » (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٢/٧٦ (٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من النص كانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : «والسبب الصحيح لا يفترض وجوده ، ويصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون» . وقد حذفت لجنة المراجعة من النص فى فقرته الثالثة عبارة «لا يفترض وجوده» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١٠٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٤ – ص ٤٩٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . . . (وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ويؤخذ على نص التقنين المدنى السابق أنه أغفل اشتراط حسن النية ولم يحدد معنى السبب الصحيح ولم يعرض لمسألة التسجيل ، وقد تدارك التقنين المدنى الجديد هذه العيوب : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ – ص ٤٩٩) . وقد جرى القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق على اشتراط حسن النية بالرغم من إغفال النص لهذا الشرط : استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٣ – أسيوط الكلية ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ٢١ ص ٣٨ – استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ – ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ – ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ – ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٧١ – ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٠ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ – ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ – ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٦ – ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ – ٢٩ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٩ – ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٣ – ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٢ – بل إن هناك حكماً شاذا من محكمة الاستئناف المختلطة يقضى باشتراط حسن النية حتى فى التقادم المكسب الطويل (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨) ، ولكن المحكمة ما لبثت أن رجعت إلى الرأى الصحيح وتواترت أحكامها على أن حسن النية غير لازم فى التقادم المكسب الطويل (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ – ٩ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦ – ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٢ – ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٩١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩١٨ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٧٣ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٥٨ / ٢و٣ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٧ (١) .

والصورة المألوفة لتطبيق النص سالف الذكر هى أن يبيع غير المالك عقاراً باعتبار أنه هو المالك . ويكون المشترى حسن النية أى يعتقد أن البائع مالك للعقار . فاذا حاز المشترى العقار فانه لا يحتاج فى تملكه إياه إلى التقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة ، بل يكتفى فى تملكه للعقار بالتقادم المكسب القصير ومدته خمس سنوات فقط . والسبب فى تقصير مدة التقادم ، وجعلها خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة ، هو أن الحائز هنا يمتاز عن الحائز فى التقادم المكسب الطويل بأنه حسن النية وعنده سبب صحيح يدعم حسن نيته . وهذا كله فى العقار ، أما فى المنقول فان من يشتريه من غير مالك ويكون

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩١٨ (تطابق المادة ٩٦٩ مدنى مصرى فى فقرتيها الأوليين . أما الفقرة الثالثة من المادة ٩١٨ مدنى سورى فتجرى على الوجه الآتى : «والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية : الاستيلاء على الأراضى المرات . انتقال الملك بالإرث أو الوصية ، الهبة بين الأحياء بدون عوض أو بعوض ، البيع أو الفراغ» . وظاهر أن السبب الصحيح فى التقنين السورى أوسع بكثير من السبب الصحيح فى التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٨ / ٢و٣ – ١١٥٨ / ٢ : وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عينى عقارى ، وكان غير مسجل فى دائرة الطابو واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فان المدة التى تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات . ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق . ١١٥٨/٣ : والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل الآتية : (ا) الاستيلاء على الأراضى المرات . (ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية . (جـ) الهبة . (د) البيع أو الفراغ .

(والتقنين العراقى ، فى تحديد السبب الصحيح ، يوافق التقنين السورى ، وهو أوسع من التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٧ : يكتسب حق القيد فى السجل العقارى ، فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة فى السجل العقارى ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات ، هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لذى واضع اليد سبب محق . . . (وأحكام القانون اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، ولم يصرح القانون اللبنانى بشرط حسن النية) .

حسن النية يتملكه فى الحال بمجرد الحيازة كما سيأتى ، وذلك بموجب القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

فالقانون هنا يعالج حالة خاصة ، هى حالة من يتلقى الملكية من غير مالك بسبب صحيح وهو حسن النية . وقد وجده جديرا بالعناية ، وأراد أن يحصنه من مطالبة المالك الحقيقى له . فلم ير أن يجعله معرضا لهذه المطالبة طوال مدة الخمس العشرة سنة وهى المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل ، بل قصر هذه المدة إلى خمس سنوات فى العقار ، وألغاها أصلا فى المنقول فيتملك الحائز المنقول بمجرد الحيازة ، وذلك كله جزاء على حسن النية المدعوم بالسبب الصحيح . فالتقادم المكسب القصير فى العقار ، ومدته خمس سنوات ، أريد به تغطية من يتعامل فى العقار مع غير المالك ، فيصبح بعد انقضاء هذه المدة القصيرة كأنه تعامل مع المالك [1] .

والتقادم المكسب القصير ، على النحو الذى بيناه يشترك فى أكثر قواعده مع التقادم المكسب الطويل ، ثم ينفرد بقواعد خاصة به .

٤١٨ – القواعد التى يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم المكسب الطويل : الأصل أن قواعد التقادم المكسب الطويل تسرى على التقادم المكسب القصير ، إلا فيما استثنى بنص خاص . وعلى ذلك يسرى على التقادم المكسب القصير قواعد التقادم المكسب الطويل فيما يتعلق بالأمور الثلاثة الجوهرية الآتية : (١) كيف يتحقق التقادم . (٢) إعمال التقادم . (٣) . الآثار التى تترتب على التقادم . وقد سبق أن طبقنا نفس القواعد على كل من التقادم الطويل والتقادم القصير فى مناسبات مختلفة .

١ – ففيما يتعلق بتحقق التقادم ، يتحقق التقادم المكسب القصير طبقا للقواعد التى يتحقق بها التقادم المكسب الطويل . فيجب أن يكون العقار الخاضع للتقادم المكسب القصير عقارا قابلا للتعامل فيه ، وقابلا للحيازة [2] . ومن

---

(١) فالتقادم المكسب القصير ، إلى جانب حمايته لاستقرار التعامل ويشترك فى ذلك مع التقادم المكسب الطويل (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٧) ، يحمى أيضاً الحائز حسن النية المستند إلى سبب صحيح ، فيتملك هذا الحائز العقار بخمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠) .

(٢) آنفاً فقرة ٣٧٣ .

١٠٨١

ثم لا يسرى التقادم المكسب القصير على الدومين العام [1] ، ولا على الدومين الخاص [2] ، ولا على الوقف الخيرى [3] . ويجب أن يخضع العقار لحيازة مستوفية لعنصريها المادى والمعنوى ، وخالية من العيوب [4] . ومدة التقادم ، وهى خمس سنوات فى التقادم القصير كما قدمنا ، لا يجوز الاتفاق على تعديلها . وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، ولا تحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها [5] . ويبدأ سريان التقادم من اليوم التالى لليوم الذى بدأت فيه الحيازة [6] ، ولا يسرى فى الحقوق المعلقة على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا فى الحقوق المقترنة بأجل إلا من وقت حلول الأجل [7] ، ولا فى الحقوق الاحتمالية إلا من وقت تكامل عناصرها [8] . وإذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين مالم يقم الدليل على العكس [9] . وتسرى قواعد ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين على الوجه الذى بسطناه فى التقادم الطويل [11] . وتسرى قواعد وقف التقادم على النحو الذى قدمناه ، فلا يسرى التقادم القصير ، كما لا يسرى التقادم الطويل ، كلما وجد مانع يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا [12] ومن أسباب وقف التقادم أسباب تتعلق بالشخص [13] ، ومنها أسباب ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية [14] . كذلك تسرى قواعد انقطاع التقادم ، فينقطع التقادم

---

(١) آنفاً فقرة ٣٧٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٧٥ .

(٣) آنفاً فقرة ٣٧٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٣٧٨ .

(٥) آنفاً فقرة ٣٨٠ .

(٦) آنفاً فقرة ٣٨١ .

(٧) آنفاً فقرة ٣٨٢ .

(٨) آنفاً فقرة ٣٨٣ .

(٩) آنفاً فقرة ٣٨٤ .

(١٠) آنفاً فقرة ٣٨٥ .

(١١) آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(١٢) آنفاً فقرة ٣٨٨ – فقرة ٣٩٠ .

(١٣) آنفاً فقرة ٣٩١ .

(١٤) آنفاً فقرة ٣٩٢ .

القصير بالمطالبة القضائية [١] . وباقرار الحائز بحق المالك [٢] ، وبفقد الحيازة [٣] .

٢ — وفيما يتعلق باعمال التقادم ، يكون إعمال التقادم القصير ، كاعمال التقادم الطويل ، عن طريق التمسك بالتقادم ، فلا تقضى المحكمة بالتقادم القصير من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به [٤] ، ويتمسك به الحائز وكل ذى مصلحة [٥] ، ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى [٦] . ولا يجوز النزول عن التقادم القصير مقدما قبل ثبوت الحق فيه [٧] ، ولكن يجوز النزول عنه بعد ثبوت الحق فيه [٨] ، كما يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم قصيرة لم يكتمل [٩] .

٣ — وفيما يتعلق بالآثار التى تترتب على التقادم ، تترتب على التقادم القصير نفس الآثار التى تترتب على التقادم الطويل . فالتقادم القصير سبب لكسب الملكية [١٠] ، وهو يكسب الملكية بأثر رجعى [١١] ، ويتخلف عنه التزام طبيعى [١٢] .

---

(١) آنفاً فقرة ٣٩٥ — فقرة ٣٩٨ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٩٩ — فقرة ٤٠٢ .

(٣) آنفاً فقرة ٤٠٣ — فقرة ٤٠٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٧ .

(٥) آنفا فقرة ٤٠٨ .

(٦) آنفا فقره ٤٠٩ .

(٧) آنفاً فقرة ٤١١ .

(٨) آنفاً فقرة ٤١٢ .

(٩) آنفاً فقرة ٤١٣ .

(١٠) آنفاً فقرة ٤١٤ .

(١١) آنفاً فقرة ٤١٥ .

(١٢) آنفاً فقرة ٤١٦ ؛ — وإذا تملك الحائز العقار بالتقادم القصير ، أصبح فى مأمن من دعوى استحقاق ترفع عليه من المالك الأصل للعقار . فاذا فرض أن هذا المالك باع العقار وكان البيع قابلا للإبطال أو الفسخ وباع المشترى العقار لمشتر ثان حسن النية ، ثم أبطل المالك الأصل البيع الأول أو فسخه ، فان المشترى الأول يعتبر أنه لم يملك العقار أصلا . وفى هذه الحالة يمت المشترى الثانى العقار بالتقادم القصير إذا بقى حائزاً له مدة خمس سنوات ؛ فقد اشترى من غير مالك وبحسن نية . ولا يستطيع المالك الأصل أن يسترد منه العقار بدعوى استحقاق . لأن دعوى الاستحقاق هذه يحول دونها تملك الحائز العقار بالتقادم القصير . (بودرى وتيسيه فقرة ٦٩٨). فاذا كان البيع الصادر من المشترى الأول للمشترى الثانى أى نفس السبب الصحيح الذى تلقى به الحائز العقار ، هو أيضاً بيع قابل للإبطال أو الفسخ ، فن المشترى الأول —

ويمكن القول بوجه عام إن جميع القواعد التي تسرى على التقادم الطويل تسرى على التقادم القصير ، فيما عدا مسائل معينة ينفرد بها التقادم القصير ، ننتقل الآن إليها .

٤١٩ — القواعد التي ينفرد بها التقادم المكسب القصير : يمكن حصر هذه القواعد فى أربع : المدة التي يتم بها التقادم القصير . واقتصار التقادم القصير على العقار دون المنقول . وضرورة قيام السبب الصحيح . واقتران السبب الصحيح بحسن النية .

أما المدة فى التقادم القصير فهى خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة كما تقدم القول ، وتحسب على الوجه الذى تحسب به مدة الخمس العشرة سنة فى التقادم الطويل ، وقد سبق بيان ذلك (١) . ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا من وقت اجتماع السبب الصحيح والحيازة . فإذا سبقت الحيازة السبب الصحيح أو سبق السبب الصحيح الحيازة ، لم تسر المدة إلا بعد أن ينضم السبب الصحيح إلى الحيازة أو تنضم الحيازة إلى السبب الصحيح .

ويقتصر التقادم القصير على العقار دون المنقول . فلا يخضع لهذا التقادم إلا عقار معين بالذات ، أو حق عينى على عقار كحق الانتفاع بالعقار وحق الارتفاق الظاهر وحق رهن الحيازة العقارى . أما المجموع من المال (universalité) ولو لم يشتمل إلا على عقارات ، فلا يخضع للتقادم القصير ، كما لا يخضع للتقادم الطويل فيما قدمنا (٢) . فمن اشترى من الوارث الظاهر نصيبا فى الميراث أى جزءا من مجموع التركة ، وهو حسن النية يعتقد أن البائع هو الوارث

يستطيع أن يبطله أو يفسخه إذا لم تكن دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ قد سقطت ، فيسترد العقار من المشترى الثانى حتى لو بقى هذا حائزاً له مدة خمس سنوات . ولما كان المالك الأصلى الذى صدر منه البيع الأول هو دائن للمشترى الأول ، فإنه يستطيع استعمال دعوى مدينه فى إبطال البيع الثانى أو فسخه ، فيعود العقار إلى المشترى الأول ، ثم يعمد المالك الأصلى إلى إبطال أو فسخ البيع الأول الصادر منه ، فيسترد العقار (بودرى وتيسييه فقرة ٦٩٩ ص ٥٣٩) . هذا وإذا عجز المالك الأصلى عن استرداد العقار بعد أن أبطل أو فسخ البيع الصادر منه للمشترى الأول ، بسبب أن المشترى الثانى حاز العقار وهو حسن النية خمس سنوات ، فتملكه بالتقادم القصير ، فإن المالك الأصلى يرجع بالتعويض على المشترى الأول (بودرى وتيسييه فقرة ٧٠٠) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠ – فقرة ٣٨٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٧٣ .

الحقيقى ، لا يملك بالتقادم القصير ما اشتراه ولو كان كله عقارا . فالتقادم القصير إنما يحول إذن دون دعوى استحقاق عقار بالذات يرفعها مالك هذا العقار ، ولا يحول دون دعوى الإرث يرفعها الوارث الحقيقى (١) .

بقى السبب الصحيح وحسن النية ، وهذان هما دعامتا التقادم المكسب القصير ، فنتناولهما فيما يلى ببحث مفصل .

§ ١ ـ السبب الصحيح

٤٢٠ ـ تحديد معنى السبب الصحيح : المفروض أن عقارا انتقلت حيازته إلى شخص ، وأن انتقال الحيازة يرجع إلى سبب قانونى يوجب انتقالها . فاذا كان هذا السبب هو تصرف قانونى (acte juridique) ناقل للملكية (trsnslatif de propriété) كالبيع والوصية ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك (٢) ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك ، فهذا هو السبب الصحيح (juste titre) فى معنى التقادم المكسب

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٦٥١ – فقرة ٦٥٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠ ص ٧١٠ – كولان وكابيتان دوى لا موارنديير ١ فقرة ١٢٠٣ ص ٩٧٩ – مارتى ورينو فقرة ١٩٨ .

(٢) أى من شخص لم يملك أصلا ، أو كان مالكاً ولكن ملكيته زالت بأثر رجعى (كاربونييه ص ٢٠٨) . والتصرف الصادر من الوكيل أو النائب مجاوزاً فيه حدود النيابة لا يعتبر تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا يصلح سبباً صحيحاً ، فهو لم يصدر من الأصيل ، وكذلك لم يصدر من النائب أصالة عن نفسه بل باسم الأصيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢١ ص ٦٤٨ هامش ٢) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشىء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، وكان الثابت فى الوقائع أن هذا البيع الصادر للطاعنين إنما صدر لهما من وكيل عن المالك للأطيان المبيعة ، فانه لا يتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح . وإنما يتعين فى هذا هذا المجال إعمال ما تقضى به الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وبآثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ، ومن أنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقداً باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصل إلا إذا أجاز التصرف (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع وكيل مال الموكل مجاوزاً فى ذلك حدود الوكالة ، لم يصلح البيع أن يكون سبباً صحيحاً (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٢) .

القصير (١) . وسمى « صحيحا » (juste) لأنه كان ينقل الملكية لو صدر من المالك ، لا لأنه خال من أسباب البطلان فسنرى أن التصرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك « سببا صحيحا » (٢) . فالمهم فى السبب الصحيح هو أن يكون

---

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ – استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٩٠ – ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ – استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ – استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٠ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ – ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٦ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ – ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد بالسبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم الخمسى هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد فى حيازته للعقار ، ويجعل وضع يده عليه حلالا سليما من شبهة الغصب فى نظره واعتقاده . والمراد بكون السبب صحيحاً فى هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف . ولهذا يصلح العقد الباطل بطلاناً نسبياً ، وكذلك العقد المعلق على شرط فسخ مدة قيام هذا الشرط ، لأن يكون سبباً صحيحاً لتمليك المشترى على أساسه العقار بوضع اليد (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١) – وانظر نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ١ ص ٥٥٤ رقم ٥١ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٠ ص ٦٩١ – ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٥ ص ١١٢٩ – ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٩٣ رقم ٥٢ – ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢٤٣ (بيع صادر من مالك لا يصلح سببا صحيحاً) – ٢٢ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٨ (تمسك الراسى عليه المزاد بحكم مرسى المزاد ، وهو لم يصدر إلا بعد الحكم بتبعية العين لجهة الوقف ، يعتبر تمسكاً بتصرف صادر من غير مالك ، فيصلح هذا التصرف لأن يكون سبباً صحيحاً) – ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٠٣ ص ٧٠٣ (مقدار يحوزه واضع اليد خارجاً عن عقد مشتراه تعتبر حيازته غير مستندة إلى سبب صحيح . فلا يتملكه الحائز إلا بالتقادم الطويل) – ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٦٢ ص ٣٩٨ (تصرف صادر من مالك لا يصلح سبباً صحيحاً) .
وإذا باع المالك على الشيوع جزءا من العقار مفرزاً ، فان البيع يعتبر صادراً من غير مالك فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ – ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص ٦٥٥) .

وقضت محكمة النقض بأن السبب الصحيح اللازم توافره للتمسك بالتقادم الخمسى هو « تصرف =

صادرا من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون العقد مشوبا بعيوب أخرى أو غير مشوب مادام له وجود قانونى . ولأنه صادر من غير المالك فهو لا ينقل الملكية إلى الحائز ، ومن أجل ذلك شرع التقادم المكسب القصير لحماية الحائز حسن النية الذى صدر له هذا السبب الصحيح . فان هذا الحائز ، إذا كان لا يكسب الملكية بموجب هذا التصرف القانونى ، فانه يكسبها بتقادم قصير مدته خمس سنوات فقط رعاية لحسن نيته ، حتى لا يبقى معرضا لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقى طوال خمس عشرة سنة ، إذا لم يفتح له القانون إلا باب التقادم المكسب الطويل أسوة بالحائز سيء النية أو الحائز حسن النية ولكن ليس معه هذا السبب

عليه المادة ٣/٩٦٩ مدنى «سند يصدر من شخص لايكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون » . والمتصرف الذى لا يعد مالكاً فى المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشيء ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه ، وعلة ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة إنما شرع لحماية من يتعامل بحسن نية مع شخص لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية . ومن ثم فان البائع إذا كان سنده عقداً غير مسجل صادراً إليه من المالك الحقيقى ، فانه لا يكون للمشترى أن يتمسك بتملك المبيع بالتقادم الخمسى لأن البائع وإن كان لا يعتبر مالكاً إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عيناً بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر بعد ذلك (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٢) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر سبباً صحيحاً عقد البيع الصادر إلى الزوجة لا أصالة عن نفسها بل باعتبارها اسما مستعاراً ، إذ يشترط فى السند الذى يعتبر سبباً صحيحاً أن يكون صادراً إلى المتمسك بالتقادم نفسه (نقض مدنى ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص ١٠١٩) .

وانظر فى وجوب أن يصدر السبب الصحيح من غير المالك : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦١ – أول مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٠ – ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٥ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ – ٦ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ – ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ – ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ – وقارن مع ذلك أحكاماً شاذة تقرر جواز صدور السبب الصحيح من المالك : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ – ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٢ – ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ – ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ – ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

الصحيح [1] . ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منشىء لحق عيني قابل لأن يكسب بالتقادم ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق الظاهر وحق الرهن الحيازى ، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق لشخص آخر ، يعتبر هو أيضا سببا صحيحا . فالعقد الذى ينشىء أو ينقل حق انتفاع ممن لا يملكه ، والعقد الذى يرتب حق ارتفاق ظاهر من غير مالك العقار المرتفق به ، ورهن الحيازة الصادر من غير مالك العقار المرهون ، كل هذه تصرفات تعتبر سببا صحيحا لا تنشىء أو تنقل

---

(1) فاذا كان السبب الصحيح صادراً من المالك ، وكان تصرفاً قانونياً باطلا أو قابلا للإبطال ، فليس هنا مجال تطبيق التقادم المكسب القصير ، والواجب إعماله و هذه الفروض هى قواعد البطلان (مصر الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ — مازو فقرة ١٥٠٤ ص ١٢٠٦) . على أنه يوجد فرض يجوز فيه إعمال التقادم المكسب القصير ويكون الحائز قد تعامل مع المالك : يبيع المالك العقار ، وقبل أن يسجل المشترى عقده يبيع المالك العقار مرة ثانية لمشتر ثان يسجل عقده ، فتنتقل الملكية للمشترى الثانى طبقاً لقواعد التسجيل . ثم يسجل المشترى الأول عقده وهو حسن النية ، أى دون أن يعلم أن البائع قد باع العقار مرة ثانية لغيره وأن المشترى الثانى قد سبق إلى تسجيل عقده . فى هذا الفرض إذا حاز المشترى الأول العقار بعد تسجيل عقده ، فانه يستطيع أن يتملكه بالتقادم القصير ، مع أنه تعامل مع المالك (أنظر فى هذا الفرض مازو فقرة ١٥٠٤ ص ١٣٠٦ — ص ١٣٠٧ — نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٤ — ل — ٢٤) . ولكن محكمة النقض فى مصر قد قضت بأنه لا محل لتطبيق التقادم الخمسى إذا بيع العقار مرتين لشخصين سجل أحدهما عقده وحاز الآخر الذى لم يسجل عقده المبيع خمس سنوات ، ذلك أن التصرف هنا صادر من مالك ، ويكون التفاضل بين المشترين المتزاحمين على أساس الأسبقية فى التسجيل (نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧) . وانظر استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧٧ ص ١٣١ — استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٦ — ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ — محمد على عرفة فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٤ ص ٥٧٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ص ٦٤٩ — ص ٦٥٠ .

أما إذا صدر التصرف من مالك ممنوع من التصرف ، فن هذا التصرف لا يصلح سبباً صحيحاً لأنه صادر من مالك ولأنه تصرف باطل (م ٨٢٤ مدنى — وقارن حسن كيرة ص ١٢٧) . وإذا صدر التصرف من وارث وكانت التركة مستغرقة ، اعتبر التصرف صادراً من مالك فلا يصلح سبباً صحيحاً ، لأن الوارث يملك أعيان التركة فور موت المورث ولو كانت التركة مستغرقة (حسن كيرة ص ١٢٨ — عكس ذلك نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

بذاتها الحق العينى ، ولكن يستطيع الحائز حسن النية أن يستند إليها ليكسب الحق بالتقادم المكسب القصير [١] .

وإذا كان التصرف القانونى الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون « سببا صحيحا » ، أى تصرفا ناقلا للملكية على النحو سالف الذكر ، فان سند المتصرف نفسه الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا أهمية له . فقد يكون هذا المتصرف هو أيضا حسن النية وعنده سبب صحيح لم ينقل إليه الملكية ، وقد لا يكون عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك العقار الذى يتصرف فيه ، وقد يكون حائزا عرضيا كمستأجر وقد باع العقار المؤجر إلى الحائز ، وقد يكون حائزا سىء النية اغتصب العقار وباعه إلى الحائز . فيستوى إذن أن يكون عند المتصرف سند أو ليس عنده سند ، ويستوى أن يكون حسن النية أو سىء النية ، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصلا [٢] . والمهم فيه أن يكون غير مالك للعقار non dominus ، أو غير صاحب الحق الذى تصرف فيه للحائز [٣] .

٤٢١ — ما يعتبر سببا صحيحا : وتطبيقا لما قدمناه، يعتبر على الأخص سببا صحيحا :

١ — عقد البيع : وهو السبب الصحيح الأكثر شيوعا فى الحياة العملية. فعقد البيع الصادر من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك يتعاقد بهذه الصفة ، أى بيع ملك الغير ، يعتبر سببا صحيحا ، إذ البيع عقد ناقل للملكية وقد صدر

---

(١) ومن أجل ذلك عرفت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى (آنفاً فقرة ٤١٧) السبب الصحيح بأنه «سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم» . ولو كان نص تشريعى مهمته أن يتولى التعريفات الفقهية ، لأضاف النص سالف الذكر إلى ما تقدم : وكان ينقل الملكية أو الحق لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق » .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٦٥٦ ص ٥٠٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٥٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ – ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٥ – ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ – وحتى لو كان مالكاً وتصرف فى العقار ، ثم فسخت ملكيته لتحقق شرط فاسخ أو بسبب دعوى فسخ أو دعوى إبطال أو غير ذلك ، فزالت ملكيته بأثر رجعى ، فان التصرف الصادر منه فى العقار يعتبر صادراً من غير مالك ، ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً .

من غير مالك فتوافرت فيه شروط السبب الصحيح . فمشترى العقار من غير المالك ، إذا كان حسن النية ، يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير إذا دامت حيازته خمس سنوات .

٢ — عقد المقايضة : فلو قايض شخص شخصا آخر منزلا بأرض ، وكان لا يملك المنزل الذى قايض به ، وكان المقايض الآخر يعتقد بحسن نية أن المقايض الأول يملك المنزل ، فان المقايض الآخر يتوافر عنده على هذا الوجه السبب الصحيح وهو عقد المقايضة لأنه تصرف قانونى ناقل للملكية ، وحسن النية ، فيستطيع أن يتملك المنزل بالتقادم المكسب القصير (١) .

٣ — عقد الهبة : وهو تصرف قانونى ناقل للملكية ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو وهب شخص عقارا لآخر وكان لا يملك هذا العقار ، ولكن الموهوب له كان يعتقد أن الواهب يملك العقار الموهوب . فان الموهوب له فى هذه الحالة يتوافر عنده السبب الصحيح وهو عقد الهبة مع حسن النية ، فيستطيع أن يتملك العقار الموهوب بالتقادم للكسب القصير .

٤ — الوصية بعقار معين بالذات : والوصية وإن كانت تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد ولا تنتج أثرها إلا عند الموصى ، إلا أنها مع ذلك تعتبر كالبيع تصرفا قانونيا ناقلا للملكية ، ومن ثم تصلح أن تكون سببا صحيحا إذا صدرت من غير مالك . فلو أن الموصى كان لا يملك العقار الذى أوصى به ، وكان الموصى له وقت موت الموصى يعتقد أن الموصى يملك العقار ، فان الموصى له يكون قد توافر عنده ، إلى جانب السبب الصحيح وهو الوصية ، حسن النية ، فيستطيع أن يتملك العقار الموصى به بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٥ — رسو مزاد العقار المحجوز عليه (adjudicatim sur saisie) وهو بمثابة بيع ، البائع فيه هو المدين والمشترى هو الراسى عليه المزاد . فيكون تصرفا قانونيا ناقلا للملكية ، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن العقار كان غير مملوك للمدين ، ورسا مزاده على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين ، فقد توافر عند الراسى عليه المزاد السبب الصحيح وهو رسو المزاد ، وحسن

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ .

(٢) وسنرى فيما يلى أن قسمة المورث ، باعتبارها وصية بأعيان معينة ، تصلح هى أيضاً أن تكون سبباً صحيحاً (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٢) .

النية . وعلى ذلك يجوز أن يتملك العقار الذى رسا مزاده عليه بالتقادم المكسب القصير [١] .

٦ — الوفاء بمقابل (dation en paiement) : وهو أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية كالبيع ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا [٢] . فلو أن المدين وفى دينه بمقابل هو عقار ، وكان لا يملك هذا العقار ، وكان الدائن حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للمدين ، فان الدائن يكون على هذا النحو قد توافر عنده السبب الصحيح وهو الوفاء بمقابل الصادر من غير مالك ، وحسن النية ، ومن ثم يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير .

٧ — تقديم الشريك عقارا حصة له فى الشركة (apport en société) : وهذا أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية ، إذ أن الشريك ينقل بهذا التصرف ملكية العقار للشركة . فلو أن الشريك كان لا يملك العقار ، ومع ذلك قدمه حصة له فى الشركة ، فان تقديم العقار على هذا النحو يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا كانت الشركة حسنة النية أى تعتقد أن العقار مملوك للشريك ، فانها بذلك تكون قد توافر عندها السبب الصحيح وهو تقديم العقار حصة فى الشركة وحسن النية ، فتستطيع أن تتملك العقار بالتقادم المكسب القصير [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٦٦ — ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٣ ص ٣٤٥ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ — ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥٢ — ٤ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٥ — أما إذا كان الراسى عليه المزاد سيء النية ، فانه لا يتملك بالتقادم القصير (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٥٢٠) .

(٢) أما الوفاء فلا يعتبر سبباً صحيحاً ، إلا إذا كان ناقلا للملكية وهذا نادر (بودرى وتيسييه فقرة ٦٥٧ — كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٥) .

(٣) وفى رأينا أن الأخذ بالشفعة يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن عقاراً باعه غير مالك لمشتر حسن النية ، فأخذه شفيع بالشفعة وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للبائع ، فان الشفيع يستطيع أن يستند إلى الشفعة باعتبارها سبباً صحيحاً وإلى حسن نيته ، فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير . ونحتج للرأى الذى نقول به بأمرين : (أولا) أن الشفعة واقعة مركبة ، ويدخل فى تركيبها إرادة الشفيع فى أن يأخذ بالشفعة ، وهذه الإرادة هى تصرف قانونى ناقل للملكية . (ثانيا) أن الشفيع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه ، ومن حق المشترى حسن النية الذى اشترى من غير مالك أن يتملك العقار المبيع بالتقادم المكسب القصير ، فكذلك الشفيع الذى حل محله يستطيع هو أيضاً أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير — أنظر استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٨ — منصور مصطفى منصور — فقرة ١٧٩ ص ٤٢٠ — وقرب إسماعيل غانم ص ١٢٠ .

٤٢٢ – مالا يعتبر سببا صحيحا : ولما كان السبب الصحيح هو ، كما قدمنا ، تصرف قانونى ناقل للملكية ، فلا يكون سببا صحيحا الوقائع المادية إذ هى ليست بتصرفات قانونية ، ولا التصرفات القانونية التى تقتصر على إنشاء التزامات شخصية ، ولا التصرفات القانونية التى لا تنقل الملكية ولكن تقتصر على الكشف عنها [١] . ومن ثم لا يعتبر ، بوجه خاص ، سببا صحيحا :

١ – الميراث فى عقار معين بالذات : فهو وإن كان ينقل الملكية ، إلا أنه واقعة مادية هى موت المورث ، وليس تصرفا قانونيا ، فلا يعتبر سببا صحيحا . ويد الوارث إنما هى استمرار ليد المورث ، فان كان المورث يحوز عقارا بسبب صحيح وحسن نية ، انتقلت حيازة العقار على هذا النحو إلى الوارث [٢] . ويكمل الوارث حيازة المورث فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، إذا ضمت مدة حيازة المورث إلى مدة حيازته فبلغت المدتان معاًخمس سنوات . ولكن ذلك لا يرجع إلى أن الميراث سبب صحيح ، فالسبب الصحيح وحسن النية كانا متوافرين عند المورث كما قدمنا ، وانتقلا كما هما إلى الوارث . أما إذا كان المورث عنده سبب صحيح ولكنه لم يكن حسن النية ، أو كان حسن النية ولكن ليس عنده سبب صحيح ، أو لم يكن عنده لا السبب الصحيح ولا حسن النية ، فان العقار تنتقل حيازته إلى الوارث ولكن لا يستطيع أن يتملكه بالتقادم المكسب القصير ولو كان حسن النية اعتمادا على أن الميراث سبب صحيح (pro herede) . ولا يتملك العقار فى هذه الحالة إلا بالتقادم المكسب الطويل ، وله أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه [٣] .

---

(١) والعائلة فى تضييق نطاق فكرة « السبب الصحيح » إلى هذا الحد أن السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية وليس مجرد عنصر من عناصر حسن النية – ولو كان السبب الصحيح عنصراً من عناصر حسن النية ، لكان أى سبب من شأنه أن يجعل الحائز يحوز العقار حيازة صحيحة بنية تملكه كافياً لأن يكون « سبباً صحيحاً » (كاربونيه ص ٢١٨) .

(٢) نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥– استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

٢ – عقد الإيجار وعقد العارية وعقد الحراسة وعقد الوديعة وعقد الوكالة وغيرها من العقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية ولا تنشيء إلا التزامات شخصية : فهذه تصرفات قانونية لا تنقل الملكية ، ومن ثم لا تصلح أن تكون سببا صحيحا . فالمستأجر أو المستعير أو الحارس أو المودع عنده أو الوكيل ، بالنسبة إلى عقار تلقاه من غير مالك ، لا يستطيع أن يتملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير حتى لو غير صفة حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة ، لأنه أولا لا يكون حسن النية ، ولأنه ثانيا لا يستطيع أن يستند إلى أى عقد من هذه العقود كسبب صحيح .

٣ – القسمة الاختيارية : فهي تصرف قانوني ولكنه غير ناقل للملكية إذ هو يقتصر على الكشف عنها ، ومن ثم لا تصلح القسمة الاختيارية أن تكون سببا صحيحا (١) . فاذا دخل في الأعيان المقسومة عقار ليس مملوكا للمتقاسمين ووقع في نصيب أحدهم بالقسمة ، وكان هذا المتقاسم حسن النية ، فانه مع ذلك لا يستطيع تملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد القسمة ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . ولكن إذا تضمنت القسمة معدلا (soulte) ، بأن قدم أحد المتقاسمين عقارا خاصا به لتعديل القسمة ، ولم يكن ما لكا لهذا العقار . فان تقديمه إياه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية (٢) ، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا . وعلى ذلك لو وقع هذا العقار في نصيب أحد المتقاسمين وهو حسن النية ، فانه يستطيع أن يتملكه بالتقادم المكسب القصير (٣) . كذلك تعتبر قسمة المورث سببا صحيحا ، لأنها تنقل ملكية أعيان معينة (وليس نصيبا شائعا في التركة) من المورث إلى الوارث . فلو وقع في نصيب أحد الورثة عقار أدخله المورث في القسمة ولم يكن مملوكا له ، وكان هذا الوارث حسن النية وقت موت المورث ، أمكنه

---

(١) وكذلك القسمة القضائية لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً ، لأنها هي أيضاً لا تنقل الملكية بل تكشف عنها ، كما سنرى (أنظر ما يلي نفس الفقرة) عند الكلام في الحكم القضائي وفي أنه لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً .

(٢) عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢٣ ص ٥٧١ – إسماعيل غانم ص ١٢٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٥ ص ٦٤١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٢ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٦٦٢ .

تملك العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى أن قسمة المورث تعتبر كالوصية سببا صحيحا [١] .

٤ — الصلح : وهو عقد كاشف عن الملك لا ناقل له . ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارات متنازعا عليها بين شخصين وزعت بينهما صلحا ، وكان أحد هذه العقارات مملوكا لشخص ثالث ، فان من أخذ هذا العقار صلحا لا يتملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . لكن إذا أعطى أحد المتصالحين عقارا خاصا به للمتصالح الآخر فى مقابل بعض الأعيان المتنازع عليها ، فان الصلح بالنسبة إلى هذا العقار غير المتنازع عليه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية. فاذا كان المتصالح الذى أعطى العقار لا يملكه ، استطاع المتصالح الآخر إذا كان حسن النية أن يتملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، فهو هنا تصرف قانونى ناقل للملكية كما قدمنا ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا [٢] .

٥ — الحكم القضائى : وهو كاشف عن الحق لا منشىء له ولا ناقل ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فاذا رفع شخص دعوى استحقاق يطالب فيها بعقار ، وحكم له ، فان هذا الحكم لا يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا ثبت فيما بعد أن هذا العقار غير مملوك له ولا للمدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ، ولكنه مملوك لشخص ثالث ، لم يستطع المحكوم له فى دعوى الاستحقاق حتى لو كان حسن النية أن يعتبر الحكم الذى صدر لمصلحته سببا صحيحا حتى يتملك العقار ضد مالكه الحقيقى بالتقادم المكسب القصير . ومن باب أولى إذا صدر الحكم فى دعوى الاستحقاق لمصلحة المدعى عليه الحائز للعقار وقضى برفض دعوى الاستحقاق ، فان المدعى عليه حتى لو كان حسن

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٤ — بودرى وتيسيه فقرة ٦٦١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٦١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٣ — بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٤ — كولان وكابيتان ودى لا موранديير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٦ — ص ٩٧٧ — محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٥ ص ٢٤٢ — ص ٢٤٣ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢٣ ص ٥٧١ — إسماعيل غانم ص ١٢٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٥ ص ٦٤٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٢٢٤ .

النية لا يستطيع أن يعتبر الحكم الذى صادر لمصلحته سببا صحيحا ، وأن يستند إليه لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [١] . وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا الحكم الصادر بالقسمة القضائية . فهو لا ينقل الملكية بل يكشف عنها ، ومن ثم إذا وقع عقار مملوك للغير فى نصيب أحد المقتسمين بموجب حكم القسمة ، لم يستطع هذا المتقاسم ولو كان حسن النية أن يعتبر هذا الحكم سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [٢] . وفى قسمة التصفية (licitation) ، إذا رسا المزاد بحكم قضائى على أحد المتقاسمين ، فان رسو المزاد يعتبر قسمة كاشفة لا ناقلة ومن ثم لا يعتبر سببا صحيحا [٣] . وهذا بخلاف ما إذا رسا المزاد على أجنبى . فان حكم رسو المزاد يعتبر بمثابة بيع ناقل للملكية ويصلح أن يكون سببا صحيحا . وكذلك الحكم برسو مزاد العقار المحجوز عليه يعتبر بمثابة بيع ينقل ملكية العقار إلى الراسى عليه المزاد . ومن ثم يعتبر سببا صحيحا ، وقد تقدم القول فى ذلك [٤] .

٤٢٣ – فروض مختلفة فى السبب الصحيح : ويبقى بعد ذلك أن نستعرض فروضا مختلفة فى السبب الصحيح ، لنتبين ما إذا كان المتصرف القانونى الناقل للملكية يبقى على اعتباره سببا صحيحا فى الفروض الآتية : (١) التصرف القانونى الباطل . (٢) التصرف القانونى القابل للإبطال. (٣) التصرف القانونى المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ . (٤) التصرف القانونى الظنى (putatif) . (٥) التصرف القانونى غير المسجل .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٦٣ ص ٥٠٧ – ص ٥٠٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٧ – نقض فرنسى ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ – ١ – ٤٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ – ويعتبر سبباً صحيحاً الحكم بالتصديق على اتفاق المتعاقدين الناقل للملكية jugement de convenu ou d'expédient (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٣) .

٤٢٤ – التصرف القانونى الباطل : إذا كان التصرف القانونى الذى تلى الحائز بموجبه حيازة العقار تصرفا قانونيا باطلا ، فإن هذا التصرف لا يكون له وجود قانونى ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا [١] . ويستوى فى ذلك أن يكون التصرف القانونى باطلا من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع .

فاذا كان التصرف القانونى باطلا من ناحية الشكل ، كهبة عقار باطلة لعدم كتابتها فى ورقة رسمية أو كوصية باطلة لعدم استيفائها الشكل الواجب قانونا ، فان كلا من الهبة والوصية لا يكون له وجود قانونى . ولا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو وهب شخص لآخر عقارا لا يملكه فى ورقة غير رسمية ، فان الهبة تكون باطلة . ولا يستطيع الموهوب له ولو كان حسن النية أن يعتبرها سببا صحيحا ليتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [٢] . ولكن إذا أمكنت إجازة الهبة الباطلة شكلا ، فانها تنقلب إلى هبة صحيحة ، ومن ثم تصلح أن تكون سببا صحيحا . وفى هذا الصدد تنص المادة ٤٨٩ مدنى على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . وقد قدمنا عند الكلام فى الهبة أنه إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة باطلة فى الشكل ، فانه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ، لا لأن التنفيذ وفاء لالتزام طبيعى ، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة نص عليها القانون فى المادة ٤٨٩ مدنى لهبة باطلة فى الشكل .

---

(١) وكالتصرف الباطل التصرف الصورى ، فلا يصلح سبباً صحيحاً البيع الصورى لأن المشترى صورياً ليست عنده نية التملك (استئناف وطنى ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ – استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٤) . وانظر محمد كامل مرسى ٤ ص ١٧٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٥ ص ٥٧٤ – إسماعيل غانم ص ١٢١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٤ – حسن كيرة ص ١٢٥ .

(٢) استئناف وطنى ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ – ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٧ ص ١٩٩ – أول يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ – استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٣٣ ص ١٠٣ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٩ رقم ٣٨٦ ص ٩٥١ .

وهذه الإجازة صححت الهبة (١) . وعلى ذلك إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة العقار المملوك للغير تنفيذا اختياريا بأن سلموا العقار للموهوب له، فقد أصبحت الهبة صحيحة وصارت صالحة لأن تكون سببا صحيحا . واستطاع الموهوب له الذى تسلم العقار إذا كان حسن النية أن يتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير .

وإذا كان التصرف القانونى باطلا من ناحية الموضوع ، لم يكن له وجود قانونى أيضا ، فلا يصلح لأن يكون سببا صحيحا (٢) ، وعلى ذلك لا يكون البيع الباطل لعدم مشروعية السبب أو لصدوره من عديم التمييز سببا صحيحا يجيز التملك بالتقادم المكسب القصير . وإذا اشترى قاض أو محام عقارا متنازعا فيه ، وكان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر أعماله فى دائرتها ، كان الشراء باطلا (م ٤٧١ مدنى) فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا. فاذا كان العقار المتنازع فيه غير مملوك للبائع ، فان المشترى ولو كان حسن النية لا يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له على هذا النحو ، ولا يصح له أن يعتبره سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير (٣) .

---

(١) انوسيط ٥ فقرة ٤٦ – أما فى التقنين المدنى الفرنسى ، فتقصر المادة ١٣٤٠ منه إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل وإجازة هذه الهبة بوجه عام ، على ورثة الواهب دون الواهب نفسه . ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبيعى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب ، ومن لا يصحح التنفيذ الاختيارى بطلان الهبة ، فلا تصلح الهبة الباطلة فى الشكل لأن تكون سبباً صحيحاً حتى بعد أن ينفذها الورثة تنفيذاً اختيارياً (أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٢ هامش ٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) . ويذهب بعض آخر إلى أن الهبة الباطلة فى الشكل تصبح صحيحة بتنفيذها تنفيذاً اختيارياً من جانب الورثة ، ومن ثم تصلح بعد هذا التنفيذ الاختيارى لأن تكون سبباً صحيحاً (ترولون ١ فقرة ٩٠١ – جيوار ٢ فقرة ٥٥٧ – لوران ٣٢ فقرة ٣٩٢ – فقرة ٣٩٣ – بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٩) .

(٢) لأنه لم يكن لينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٨ ص ٥١٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن صدور الحكم ببطلان قرار إنهاء الوقف يقتضى اعتبار الإنهاء عديم الأثر ، ومن ثم فان صفة الوقف لم تزل عنه وكانت لا صقة به وقت صدور التصرف فيه بالبيع قبل الحكم بذلك البطلان ، وبالتالى يكون هذا التصرف قد وقع باطلا بطلاناً مطلقاً

٤٢٥ – التصرف القانونى القابل للإبطال : أما إذا كان التصرف قابلا للإبطال ، فانه يكون له وجود قانونى ، ومن ثم يصلح لأن يكون سببا صحيحا ، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك [١] .

فاذا باع قاصر عقارا مملوكا للغير ، كان البيع قابلا للإبطال لمصلحة القاصر ، وجاز اعتباره سببا صحيحا . فلو أن المشترى كان حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للقاصر [٢] ، فانه يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له من القاصر بالرغم من أنه بيع قابل للإبطال ، وأن يعتبره سببا صحيحا يجيز له أن يتملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [٣] .

وإذا باع شخص عقارا مملوكا للغير ، وكان البيع يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه فكان قابلا للإبطال لهذا السبب أيضا ، فانه يصلح فى هذه الحالة أن يكون سببا صحيحا . فلو أن المشترى كان حسن النية فانه يستطيع أن يستند

= ولا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً فى التملك بالتقادم الخمسى (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤). وانظر استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢١٣ (مقايضة ناقلة لعدم بيان الأعيان المقايض عليها بياناً كافياً) – ١٥ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣١٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٣ .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣ – مازو فقرة ١٥٠٣ ص ١٢٠٥ نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٦ سيريه ١٩٥٦ – ١ – ٧٩٩ – والمقصود هنا أن يكون التصرف القانونى قابلا للإبطال لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، وذلك لأن السبب الصحيح هو تصرف قانونى صادر من غير مالك ، فيكون دائماً قابلا للإبطال ، كبيع ملك الغير وهبة ملك الغير . ولا شك فى أن التصرف القانونى الصادر من غير مالك ، والذى يكون قابلا للإبطال لهذا السبب ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، بل هو عين السبب الصحيح . فالمطلوب بحثه هنا إذن هو ما إذا كان التصرف القانونى القابل للإبطال ، لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وقد رأينا أنه يصلح لأن له وجوداً قانونياً ، بخلاف التصرف القانونى الباطل الذى لا وجود له .

(٢) حتى لو علم أن البائع قاصر وأن البيع قابل للإبطال لهذا السبب ، فحسن نية المشترى لا يتأثر بهذا العلم بالنسبة إلى التقادم المكسب القصير ، مادام المشترى يعتقد أن القاصر يملك العقار المبيع .

(٣) استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ – بنى سويف ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣١٩ ص ٥٢٤ – استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠ .

إلى هذا البيع القابل للإبطال وأن يعتبره سببا صحيحا ، فيجوز له أن يتملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [١] .

ونرى من ذلك أن التصرف القانونى القابل للإبطال ، النقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء ، يصلح أن يكون سببا صحيحا فى التقادم المكسب القصير . ومن باب أولى يصلح هذا التصرف لأن يكون سببا صحيحا لو أجازه القاصر أو أجازه من تقرر الإبطال لمصلحته ، فان التصرف القانونى ينقلب بهذه الإجازة تصرفا صحيحا ، ويصلح بداهة لأن يكون سببا صحيحا . أما إذا أبطل من تقرر الإبطال لمصلحته التصرف القانونى ، فان هذا التصرف يصبح لا وجود له ، فلا يعود صالحا لأن يكون سببا صحيحا [٢] .

٤٢٦ — التصرف القانونى المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ :

أما إذا كان التصرف القانونى الناقل للملكية معلقاً على شرط واقف ، فانه لا ينفذ إلا من وقت تحقق الشرط ، وعلى ذلك لا يصلح أن يكون سبباً

---

(١) نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ — استئناف وطنى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ — استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٤ — ٤ يونيه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٩ ص ٢٠٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ .

(٢) على أنه فى هذا الفرض لا يعود هناك محل للسبب الصحيح ، إذ أن الحائز يرد العقار إلى المتصرف بعد الحكم بإبطال التصرف ، فلا ينفسح له المجال لأن يتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير . وقد يستعمل المالك الحقيقى دعوى الإبطال باسم المتصرف لإبطال التصرف القانونى ويتحقق ذلك فى الفرض الآتى : يستأجر شخص عقاراً من مالكه ، ثم يبيعه إلى مشتر حسن النية بعقد قابل للإبطال . فيجوز للمشترى فى هذه الحالة ، على ما قدمنا ، أن يستند إلى البيع القابل للإبطال كسبب صحيح يجيز له تملك العقار ضد المؤجر بالتقادم المكسب القصير . وإذا لم يبادر المستأجر الذى باع العقار إلى طلب إبطال البيع واسترداد العقار من المشترى ، جاز للمؤجر وهو دائن للمستأجر ، أن يطلب باسم مدينه إبطال عقد البيع وإرجاع العقار للمستأجر ، ثم استرداده منه بدعوى الإيجار (بودرى وتيسييه فقرة ٦٧١ ص ٥١٤) . أما إذا بقى المشترى حائزاً للعقار خمس سنوات ، فقد ملكه بالتقادم المكسب القصير ، ولكن تبقى دعوى الإبطال ، إذا لم تكن سقطت بالتقادم ، مفتوحة (أنظر آنفاً ص ١٠٨٣ هامش ١٢) وعلى ذلك يستطيع المؤجر أن يستعمل دعوى مدينه المستأجر فى إبطال البيع ، فيبطل بأثر رجعى ، ويسترد المستأجر العقار من الحائز ، ثم يسترده المؤجر من المستأجر بدعوى الإيجار .

صحيحاً إلا من هذا الوقت (١) ولا يقال إن لتحقق الشرط أثراً رجعياً فيعتبر التصرف نافذاً منذ البداية لا من وقت تحقق الشرط فحسب . فان الأثر الرجعي لا يعتد به بالنسبة إلى المالك الحقيقي . فلو أن شخصاً باع تحت شرط واقف عقاراً غير مملوك له لمشتر حسن النية ، فان هذا البيع لا يعتبر سبباً صحيحاً يجيز للمشتري تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير إلا من وقت تحقق الشرط الواقف . وإذا لم يتحقق الشرط ، انعدم التصرف القانوني واعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً. وقد يضع المشتري في الفرض المتقدم يده على العقار قبل تحقق الشرط الواقف وفي هذه الحالة لا يعتد بمدة الحيازة التي انقضت قبل تحقق الشرط ، ولا يبدأ سريان مدة الخمس السنوات إلا من وقت تحقق الشرط . ذلك بأن الحائز ، وهو يضع يده على العقار قبل تحقق الشرط ، كان يعلم أنه يضع يده لا على وجه بات ، إذ هو معرض لأن يتخلف الشرط الواقف فينعدم البيع ويعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري العقار إلى البائع (٢) .

وإذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط فاسخ ، فانه يكون نافذ منذ البداية ، وعلى ذلك يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً من أول الأمر (٣) . فاذا باع شخص عقاراً غير مملوك له لمشتر حسن النية ، وكان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، صلح لأن يكون سبباً صحيحاً منذ انعقاده ، ويستطيع المشتري استناداً إلى هذا البيع تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير. فاذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح تملك المشتري للعقار باتاً . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فان البيع يزول ويعتبر كأن لم يكن ، فينعدم السبب

---

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ – جيوار ٢ فقرة ٥٦٢ – هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ – أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ هامش ١٢ – بودري وتيسييه فقرة ٦٧٣ ص ٥١٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ هامش ١٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٣ – مازو فقرة ١٥٠٦ – محمد كامل مرسي ٤ فقرة ١٧٢ .

(٣) نقض مدني ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ – استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٨٩٩ م ٩ ص ٢٩٧ .

الصحيح ، ويجب على المشترى أن يرد العقار للمالك الحقيقى إذا استرده هذا بدعوى الاستحقاق [١]

٤٢٧ – التصرف القانونى الظنى : التصرف القانونى الظنى (titre putatif)[٢] هو تصرف لا وجود له فى الحقيقة ، ولكنه متوهم الوجود . فيظن الحائز للعقار أن العقار قد انتقل إليه بتصرف قانونى ناقل للملكية ، ولكن ظنه هذا مجرد وهم . إذ أن هذا التصرف القانونى لا يوجد فى الواقع ، ولا وجود له إلا فى مخيلته ، ومن ثم لا يمكن أن يكون التصرف الظنى سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير [٣] . مثل ذلك وصية بعقار مملوك لغير الموصى ، فيتسلم الموصى له العقار عند موت الموصى وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للموصى . ويتبين فيما بعد أن الوصية التى تسلم الموصى له العقار بموجبها قد رجع عنها الموصى قبل موته ، فزالت ولم يعد لها وجود . فالوصية تصرف قانونى ناقل للملكية ، ولكنه هنا تصرف ظنى لا وجود له فى الواقع ، فلا يصح اعتباره سبباً صحيحاً [٤] ، ومن ثم لا يستطيع الموصى له أن يستند إلى هذه الوصية كسبب صحيح لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير .

ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص أراضى لا يملكها لمشتر حسن النية ، ويعين فى عقد البيع هذه الأراضى . ثم يضع المشترى يده عليها ، ولكن يدخل

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ – جيوار فقرة ٥٦٣ – هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ – ص ٥١٤ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٢ – فقرة ٦٧٢ مكررة – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٣ .

(٢) ولفظ putatif مشتق من اللفظ اللاتينى putare ومعناه يحسب أو يعتقد (penser, croire)

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ هامش ١٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٨ – فقرة ٦٨٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٤ – مازو فقرة ١٥٠٥ ص ١٢٠٧ – ص ١٢٠٨ .

(٤) لأنه كان لا ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك ثم رجع هذا عن الوصية، ولأن التصرف الظنى كالتصرف الباطل وكالتصرف الصورى ، كل منها لا وجود له فلا يصلح أيها لأن يكون سبباً صحيحاً (بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ – كولان كابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٨) .

ضمن ما وضع يده عليه أرض أخرى لم يشملها عقد البيع ويعتقد المشترى بحسن نية أن عقد البيع قد شملها . فعقد البيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظنى لا وجود له إلا فى مخيلة المشترى . ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى هذا العقد الظنى وأن يعتبره سبباً صحيحاً ليتملك الأرض التى لم يشملها عقد البيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [1] .

ومثل ذلك أخيراً أن يفوض شخص وكيلا له فى شراء أرض ، ثم يضع يد على أرض يعتقد بحسن نية أنها هى الأرض التى اشتراها له الوكيل ولا يكون الوكيل قد اشتراها . فعقد الشراء الذى توهمه الموكل يكون فى هذه الحالة عقداً ظنياً لا يستطيع أن يستند إليه الموكل معتبرا إياه سبباً صحيحاً ليتملك الأرض ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [2] .

٤٢٨ – التصرف القانونى غير المسجل : ونفرض هنا أن شخصاً باع عقاراً لا يملكه لمشتر حسن النية ، وقد وضع المشترى يده على العقار دون أن يسجل عقد البيع ، فهل يصلح عقد البيع غير المسجل لأن يكون سبباً صحيحاً لتملك المشترى العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير ؟ .

فى عهد التقنين المدنى السابق ، وقبل قانون التسجيل ، حيث كان التصرف القانونى غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا يشترط

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ – ١٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ – ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٨ ص ٧٠٣ – استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٥ – ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٣ – ١٣ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١١ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ – ١٨ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٧ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٢ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٩ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ – ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ – ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٠ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٠ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ – ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١١٣ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٦٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٥ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٨ ص ٥٢٩ – كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٧ – شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ ص ٣١٠ .

التسجيل إلا لنقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، كان الرأى المجمع عليه هو أنه لا يشترط التسجيل ليكون التصرف القانونى الناقل للملكية سبباً صحيحاً فى التقادم المكسب القصير [١] . ولكن كان يجب ثبوت تاريخ التصرف القانونى للاحتجاج به على المالك الحقيقى لأنه يعتبر من الغير من ناحية ثبوت التاريخ [٢] . ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا ابتداء من التاريخ الثابت .

ثم صدر قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى فى عهد التقنين المدنى السابق . فأصبح التصرف القانونى غير المسجل لا ينقل الملكية لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين . فاختلف الفقه والقضاء فيما إذا كان يجب تسجيل التصرف القانونى الناقل للملكية حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً . فذهب رأى إلى وجوب التسجيل [٣] ، وذهب رأى آخر إلى عدم

---

(١) الاسكندرية الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣٧٨ – منوف ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٠ ص ١٣٢ – بورسعيد أول أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ – استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٩ – ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ – ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٠ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨ – ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٨ – ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥١ – ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٩ – ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩١ .

(٢) استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٤ – استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ – ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٨ – وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٠ – وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٢ .

(٣) عبد السلام ذهنى فى السبب الصحيح فى التقادم الخمسى فى المحاماة ٦ ص ٦٠٨ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٧ ص ٢٤٦ – ص ٢٤٧ – استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ – استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ – ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ – ٢١ نوفبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ – ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ – ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٣ – ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ – ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ – ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

وجوبه وإلى أن التصرف القانونى غير المسجل يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً [١]. وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى الآخر ، ولم تشترط التسجيل فى السبب الصحيح [٢] .

وقد راعى التقنين المدنى الجديد قيام هذا الخلاف ، فحسمه بنص صريح أخذ فيه بالرأى الأول واشترط فى التصرف القانونى أن يكون مسجلا حتى يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . إذ قال فى الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى كما رأينا [٣] : « والسبب الصحيح ... يجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « ويجب أن يكون السبب الصحيح مسجلا خلافاً لما جرى عليه القضاء فى مصر ، وآثر المشروع هذا الحل حتى تمكن للتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقارى » [٤] . فأصبحت المسألة ، بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد ، لا يمكن أن تكون محلا للخلاف . ولا شك ، أمام صراحة النص ، فى أن التصرف القانونى غير المسجل لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً [٥] . فاذا وضع المشترى لعقار من غير مالك يده على العقار وهو حسن النية ، ولكن لم يسجل عقد البيع ، فانه لا يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير إلا إذا سجل العقد [٦] . ومن وقت تسجيله ، إذا كان حائزاً للعقار ،

---

(١) حامد فهمى فى المحاماة ٧ ص ٩٧ – صليب سامى فى المحاماة ٨ ص ٦٩١ – استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ – ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٥) ويلاحظ أن عقد الرهن الحيازى ينشىء الحق فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى أن يقيد ، وعلى ذلك لا يشترط فيه ، حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، أن يكون مقيداً ، كما كان شأن البيع قبل قانون التسجيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ هامش ٢) .

(٦) ويقول الأستاذ عبد المنعم البدراوى : « ولا شك أنه سيترتب على هذا أن يضيق نطاق التقادم الخمسى إلى حد كبير ، نظراً لأن التسجيل لا يتم إلا بعد التثبت من حق طالب الشهر » (عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٣ ص ٥٧٠) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى : إسماعيل غانم ص ١١٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ – حسن كيره ص ١٢٦ .

يبدأ سريان مدة الخمس السنوات اللازمة للتملك بالتقادم المكسب القصير [١] . وغنى عن البيان أنه ما دام يشترط تسجيل التصرف القانونى ليكون سبباً صحيحاً ، لم يعد هناك محل لاشتراط ثبوت التاريخ لجواز الاحتجاج بالتصرف على المالك الحقيقى ، فان التصرف المسجل يكون دائماً ثابت التاريخ .

٤٢٩ – السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية ويقع عبء إثباته على الحائز : ولما كان السبب الصحيح هنا شرطاً مستقلا عن شرط حسن النية [٢] وليس عنصراً من عناصر حسن النية ، فانه لا يفترض توافره كما يفترض توافر حسن النية فيما سنرى . لذلك كان من الواجب إثبات قيام السبب الصحيح على التحديد الذى فصلناه فيما تقدم ، ويقع عبء الإثبات على الحائز الذى يتمسك بالتقادم [٣] .

ويثبت الحائز السبب الصحيح ، وهو تصرف قانونى كما قدمنا ، طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات [٤] . فاذا كان السبب الصحيح بيعاً مثلا ، وجب على الحائز أن يثبت هذا البيع بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العقار على عشرة جنيهات [٥] . وحتى لو كانت قيمة العقار لا تزيد على عشرة جنيهات ، وهذا فرض شديد الندورة ، فان مقتضى أن يكون

---

(١) والرأى الغالب فى فرنسا ، حيث التسجيل غير ضرورى لانتقال الملكية إلا بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر فى مصر قبل صدور قانون التسجيل ، أن السبب الصحيح لا يشترط تسجيله (بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٤ – فقرة ٦٧٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٧) . ويرى الفقه فى فرنسا أن هذا حل يؤسف له ، وأنه كان الأولى اشتراط تسجيل السبب الصحيح (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٧ ص ٧١٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٣١٦٥) .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٧ .

(٥) استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٨ – مازو فقرة ١٥٠٥ ص ١٢٠٨ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٤ – شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ ص ٣٠٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٦ – اسماعيل غانم ص ١٢٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٤ – ص ٤٢٥ .

السبب الصحيح مسجلا كما سبق القول (١) أن يكون البيع مكتوباً حتى يمكن تسجيله (٢) .

§ ٢ – حسن النية

٤٣٠ – *تحديد معنى حسن النية* : ويشترط أيضاً ، إلى جانب السبب الصحيح ، فى التملك بالتقادم المكسب القصير ، توافر حسن النية عند الحائز . وفى ذلك تقول المادة ١/٩٦٩ مدنى كما رأينا (٣) : « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ... » . ومعنى حسن النية هنا ، على وجه التحديد ، هو كما قدمنا أن يكون الحائز قد اعتقد ، وقت تلقيه الملكية أو الحق ، أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه . فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط يقع فيه ، يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق (٤) . ويجب أن يكون حسن النية كاملا ، فأى شك يقع فى نفس

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٢) لذلك يجب على الحائز أن يثبت ، ليس فحسب وجود السبب الصحيح ، بل أيضاً أن هذا السبب الصحيح مسجل وفقاً للقانون (م ٣/٩٦٩ مدنى) . ولا يغنى عن ثبوت السبب الصحيح ثبوت حسن النية ، فكل من السبب الصحيح وحسن النية شرط مستقل عن الشرط الآخر كما قدمنا ، وعلى ذلك يجب على محكمة الموضوع أن تبين فى حكمها ، إلى جانب توافر شرط حسن النية عند الحائز ، طبيعة السبب الصحيح ونوعه وأنه تصرف قانونى ناقل للملكية مستوف للشروط التى يتطلبها القانون ، وذلك حتى تباشر محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع فى هذه المسائل القانونية (بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٧ مكررة) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فاذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩) . وينظر ، فى الشخص المعنوى ، إلى نية من يمثله (م٩٦٥ / ٢ مدنى) . وتوافر حسن النية من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ، ولكن تحديد حسن النية على الوجه الذى قدمناه من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى استخلاص النية من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره ، ولكن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقته للتعريف القانونى لسوء النية . فمجرد علم المشترى بعدم نقل تكليف الأطيان المبيعة بمقتضى عقد مسجل إلى اسم البائع لبائعه لا يكفى فى الدلالة

الحائز فى أن المتصرف قد لا يكون هو المالك أو هو صاحب الحق ينفى حسن النية (١) .

ويستوى أن يكون الغلط الذى وقع فيه الحائز غلطاً فى الواقع أو غلطاً فى القانون (٢) . فيصح أن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد فسخت أو أبطلت والحائز يجهل ذلك، ويعتقد أن المتصرف لا يزال مالكاً للعقار ، وهذا غلط فى الواقع . ويصح أن يتعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو سىء النية ، وهو يعتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر ، وهذا أيضاً غلط فى الواقع . ويصح أن يتعامل الحائز مع شخص

على سوء النية ، لأنه وحده لا يدل على أن المشترى كان يعلم أنه يشترى من غير مالك ، إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره (نقض مدنى ٥ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣ ص ٢) . وقضت أيضاً بأن من القصور أن يقتصر الحكم فى إثبات سوء نية المشترى على القول إن منازعه لم يقم فى الملكية الدليل المقنع على سوء نيته ، دون أن يتحدث عن الأحكام والمستندات التى قدمها لإثبات ذلك ، فان هذا القول غاية فى الإبهام ، وليس فيه ما يدل على أن المحكمة قد فحصت المستندات التى قدمت لها وقدرتها (نقض مدنى ٢٣ ابريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت كذلك بأن حسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس ، ومناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى بثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه ، وإذ كان عدم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتعهده بتقديم سند الملكية للمشترين ليس من شأن أيهما أن يؤدى عقلا إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك ، فان الحكم المطعون فيه إذ أسس ثبوته سوء النية على ذلك يكون معيباً بالقصور (نقض مدنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩٦ ص ٦١٤) . وانظر نقض مدنى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٦ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٤ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٣٨ ص ٢٤٨ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢٨ ص ٥٦٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣٣ .

(١) نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩ - استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ٥ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ - أوبرى ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٩ - مارتى ورينو فقرة ٢٠١ - كاربونييه ص ٢٠٩ .

(٢) أوبرى ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ هامش ٢٩ - بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ - دى باج ٧ فقرة ١٢٩٦ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣١ .

سند ملكيته للعقار هبة فى صورة بيع وهو سند عرفى ، وقد ذكر فيه أن البائع قد وهب الثمن للمشترى ، فيعتقد الحائز أن الهبة على هذا الوجه صحيحة دون ورقة رسمية ، ثم يتبين بعد أن يشترى العقار من الموهوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لا هبة مستترة فلا بد من كتابتها فى ورقة رسمية ، وهذا غلط فى القانون . وسواء كان الغلط فى الواقع أو فى القانون ، فقاضى الموضوع هو الذى يقدر دون معقب عليه توافر حسن النية نتيجة لهذا الغلط . وما إذا كان الغلط مغتفر (excusable) فيستقيم مع حسن النية ، أو غير مغتفر (inexcusable) فينفى حسن النية [١] .

٤٣١ – علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينفى حسن النية : وعلم الحائز بالعيوب التى تشوب سند من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأى وجه من الوجوه ، ينفى عند الحائز حسن النية الواجب توافره فيه [٢] .

وعلى ذلك إذا تعامل الحائز مع شخص سنده عقد هبة مثلا باطلة فى الشكل ، وكان يعلم ببطلان الهبة لهذا السبب ، فانه يكون عالما بأنه تعامل مع غير مالك ، فينتفى حسن نيته . وإذا تعامل مع مالك سنده عقد بيع صدر له من قاصر ، وكان الحائز يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند من تصرف له فى العقار قابل للإبطال وأن القاصر إذا أبطل هذا السند أصبح المتصرف غير مالك بأثر رجعى ، ومن ثم يكون عالما بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته . وإذا تعامل مع مشتر للعقار لم يوف ثمنه للبائع ، وكان الحائز يعلم ذلك ، فانه يكون عالما بأن سند المتصرف قابل للفسخ لعدم دفع الثمن وأن هذا السند إذا فسخ لهذا السبب ظهر أن المتصرف

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٠ – ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ – ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٢ – ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٤٠٩ – فقرة ٤١٠ – جيوار فقرة ٥٧٢ – ترولون فقرة ٩١٥ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٠ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٤ – نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ – ١ – ٣٥١ – ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ – ١ – ١٧٢ .

غير مالك ، ومن ثم يكون عالما بأنه تعامل هنا أيضاً مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفي حسن نيته كذلك [١].

وعلى ذلك أيضاً إذا تعامل الحائز مع مالك للعقار تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف ، وكان يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف معرض للزوال بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، ومن ثم يكون عالما بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفي حسن نيته .

٤٣٢ - علم الحائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفي حسن النية :

وهناك عيب يشوب السبب الصحيح دائماً ، ومن المحتم أن يشوبه ، وهو أن يكون هذا السبب الصحيح صادراً من غير مالك ، كما سبق القول . فهذا العيب وحده هو الذى يجب أن يجهله الحائز ، لأن حسن النية هو كما قدمنا الجهل بأن السبب الصحيح صادر من غير مالك .

أما العيوب الأخرى التي تشوب السبب الصحيح ، فمنها ما يجعل التصرف القانوني غير صالح لأن يكون سبباً صحيحاً ، كالتصرف الباطل والتصرف الظنى والتصرف الصورى . وهذه مسألة ترجع إلى السبب الصحيح لا إلى حسن النية ، وسواء علم الحائز بأن التصرف باطل أو ظنى أو لم يعلم ، فان السبب الصحيح نفسه غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها ، ففي الحالتين لا يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير لانعدام السبب الصحيح .

بقيت العيوب التي تشوب التصرف القانوني ولا يكون من شأنها أن تجعله غير موجود ، وذلك كأن يكون التصرف قابلاً للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلا للفسخ أو معلقاً على شرط فاسخ أو شرط واقف . فهذه العيوب لا تمنع التصرف من أن يكون سبباً صحيحاً ، وعلم الحائز بها لا ينفي حسن النية [٢] . وعلى ذلك إذا اشترى الحائز من غير

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٩ ص ٥٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٠ - نقض فرنسى ١٤ نوفبر سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ - ١ - ٤٧٣ .

(٢) لأن حسن النية فى التقادم المكسب القصير هو كما قدمنا ، ليس جهل بجميع عيوب السبب الصحيح ، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير مالك -

المالك عقاراً ، وكان البائع قاصراً أو كان رضاؤه مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، فان السبب الصحيح هنا يكون قابلا للإبطال . وعلم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للإبطال . للنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء ، لا ينفى كما قدمنا حسن النية ، فيستطيع إذن أن يتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير (١) . ولكن لما كان التصرف قابلا للإبطال فان من تقرر الإبطال لمصلحته يستطيع أن يبطل التصرف إذا كانت دعوى الإبطال لم تسقط بالتقادم . ويستطيع المالك الحقيقى أن يستعمل دعوى مدينه وهو من تقرر الإبطال لمصلحته وتصرف فى العقار للحائز ، فيطلب باسمه إبطال التصرف ، فيعود العقار إلى المتصرف ، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقى بدعوى الاستحقاق (٢) . وعلى ذلك أيضاً إذا اشترى الحائز العقار من غير مالكه ، وقسط عليه الثمن سنوات عدة ، واشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم توف الأقساط فى مواعيدها ، فان السبب الصحيح هنا

= أما وقد جهل الحائز هذا العيب فهو حسن النية ، سواء علم بالعيوب الأخرى أو لم يعلم (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٧ هامش ٢٤ – بودرى وتيسيه فقرة ٦٨١ ص ٥٢٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١١ ص ٧١٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٨ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٥) . وهناك رأى فى الفقه الفرنسى يذهب إلى أن علم الحائز بأى عيب فى السبب الصحيح يجعله سىء النية) لوران ٣٢ فقرة ٤٠٦ وما بعدها) . والنتيجة العملية لكل من الرأيين سواء . فاذا قلنا بأن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ مثلا يجعله سىء النية ، ترتب على ذلك أن الحائز لا يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير لعدم توافر حسن النية ، فيستطيع المالك الحقيقى أن يسترد منه العقار بدعوى الاستحقاق . وإذا قلنا أن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ لا يجعله سىء النية ، ترتب على ذلك أن الحائز يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، ولكن الذى تصرف للحائز يستطيع أن يفسخ التصرف ، ويستطيع دائنه وهو المالك الحقيقى أن يستعمل دعوى الفسخ باسم مدينه فيفسخ التصرف ، فيعود العقار إلى من تصرف للحائز ، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقى بدعوى الاستحقاق (أوبرى ورو ، فقرة ٢١٨ ص ٥٢٥ هامش ٤٧ – وانظر آنفاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ – وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٨ – نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١٠–١–١٧٢–١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠–١ – ١٧٢ – ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧ – ١ – ١٩ .

(٢) انظر آنفاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ – وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

يكون قابلا للفسخ بمجرد التأخر عن دفع الأقساط . وعلم الحائز بذلك لا ينفى حسن النية ، فيستطيع إذن أن يتملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير . فاذا ما كسبه بالتقادم ، يبقى أنه إذا كانت هناك أقساط من الثمن لا تزال فى ذمته ، ولم يوفها فى مواعيدها ، فان المالك الحقيقى ، وهو دائن للبائع ، يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه ويطلب فسخ البيع . فاذا ما فسخ ، ورد العقار إلى البائع ، استطاع المالك الحقيقى أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وعلى ذلك أخيراً ، إذا اشترى الحائز عقاراً من غير مالكه ، وكان البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فانه يكون مع ذلك سبباً صحيحاً ، وعلم الحائز بتعليق البيع على الشرط لا ينفى حسن نيته . فيستطيع إذن أن يتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير ، فاذا ما كسبه بالتقادم بعد تحقق الشرط الواقف أو كسبه بالتقادم ثم تخلف الشرط الفاسخ ، فان ملكية العقار تخلص باتة للحائز . أما إذا تخلف الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فان البيع يعتبر كأن لم يكن ويعود العقار إلى بائعه ، ثم يسترده المالك الحقيقى من البائع بدعوى الاستحقاق .

٤٣٣ - الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مدنى كما رأينا [١] على ما يأتى : « ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق » . فحسن النية ، على التحديد الذى قدمناه ، يجب أن يتوافر عند الحائز فى الوقت الذى كان فيه يتلقى الملكية أو الحق لو أنه كان يتعامل مع المالك أو صاحب الحق [٢] . فاذا اشترى الحائز العقار من غير مالك ، فحتى يمكنه أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير يجب أن يكون قد اعتقد بحسن نية وقت تسجيل عقد البيع ، وهو الوقت الذى يتلقى فيه ملكية العقار ، أنه اشترى من مالك وأن الملكية قد انتقلت إليه على

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٢) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى ذلك (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٨٤ - ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٢ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ .

هذا النحو بالتسجيل [١] . وهذا يكفى ، فلا يشترط أن يبقى حسن النية بعد ذلك طوال السنين الخمس اللازمة للتمسك بالتقادم القصير . فلو أنه علم ، ولو بعد انقضاء مدة قصيرة من تسجيل البيع ، أن البائع غير مالك ، لما أثر ذلك فى توافر شرط حسن النية فيه [٢] (mala fides superveniens impedit usucapionem) .

وأكثر من ذلك ، لو أنه كان حسن النية على النحو الذى قدمناه وقت تسجيل البيع ، وقبل أن يتسلم العقار المبيع علم أن البائع غير مالك ، فبدأت حيازته للعقار وهو على هذا العلم ، لعد شرط حسن النية مع ذلك متوافرا عنده [٣] .

وتطبيقاً لما قدمناه ، لو أن شخصاً أوصى بعقار غير مملوك له لشخص آخر ، فحسن النية عند الموصى له يجب أن يتوافر وقت موت الموصى

---

(١) ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فان حسن النية يجب توافره عند تسجيل البيع لا عند تحقق الشرط (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ هامش ٣١) . ولو كان السبب الصحيح عقد رهن حيازى ، فان حسن النية يجب توافره عند انعقاد الرهن الحيازى لأن حق الرهن الحيازى ينشأ فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد ، ولا يطلب القيد إلا ليكون الرهن حجة على الغير (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ هامش ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ .

(٣) عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠٥ ص ٥٦٦ – إسماعيل غانم ص ١٢٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٨ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ولا يشترط حسن النية عند بدء الحيازة ، بل يكفى توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح ، فاذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، فيكفى أن يكون حسن النية وقت البيع حتى لو كان سىء النية وقت التسليم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨) . هذا والعبارة الواردة فى المذكرة الإيضاحية من أنه يكفى أن يكون المشترى حسن النية وقت البيع ، يمكن التوسع فى فهمها فتكون العبرة بوقت تسجيل البيع ، إذ لم يكن المقصود بالعبارة الموازنة بين وقت البيع ووقت تسجيل البيع ، بل الموازنة بين وقت البيع بوجه عام (ويدخل فى ذلك وقت تسجيله) ووقت تسليم المبيع . وعلى هذا الأساس يمكن فهم ما ورد فى هذا الصدد فى بعض الأقوال الفقهية (أنظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ – شفيق شحاته فقرة ٢١٣ ص ٢١٢) . ويصعب تصور خلاف فى هذه المسألة بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى (قارن محمد على عرفة فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٤ هامش ١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧) .

لا وقت قبول الوصية ، لأن الموصى له يتملك الموصى به عند موت الموصى (١) .

والقاعدة التي قدمناها ، من أنه يكفي أن يتوافر شرط حسن النية وقت تلقي الحق ولا يشترط بقاء حسن النية بعد ذلك ، قاعدة موروثة من القانون الروماني . وزاحمها في القانون الفرنسي القديم قاعدة عكسية قررها قانون الكنيسة ، فاشترط هذا القانون بقاء حسن النية طوال المدة اللازمة للتقادم المكسب القصير . ثم انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني الفرنسي متغلبة على القاعدة التي قررها قانون الكنيسة ، ومن التقنين المدني الفرنسي انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني المصري القديم والجديد (٢) .

٤٣٤ ـ إثبات حسن النية : رأينا (٣) أن الفقرة الثالثة من المادة

---

(١) وإذا كانت الوصية لا تلزم إلا بقبولها من الموصى له ، لكنه إذا قبلها استحق الموصى به من حين الموت ، لأن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد هو جانب الموصى ، وتنتج أثرها عند موته دون حاجة لقبول الموصى له ، وإنما القبول لزوم الوصية لا لتمامها وإنتاج أثرها (أنظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويلاحظ مع ذلك قواعد التسجيل ، إذ أن الوصية بعقار لا تنقل ملكيته إلا بالتسجيل ، ولما كان التسجيل يتم عادة بعد قبول الموصى له ، فان حسن النية يجب أن يتوافر عند تسجيل الوصية أي بعد قبول الموصى له ، وهذا مالم تكن الوصية قد سجلت في حياة الموصى فعندئذ يجب توافر حسن النية وقت موت الموصى لا وقت قبول الوصية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٥٣٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ – ص ٤٢٨) . وانظر في فرنسا أن حسن النية يجب توافره عند موت الموصى : لوران ٣٢ فقرة ٤١٧ – جيوار ٢ فقرة ٥٧٩ – هيك ١٤ فقرة ٤٦٠ – بودري وتيسييه فقرة ٦٨٦ . وهناك في فرنسا رأي آخر يذهب إلى أن حسن النية يجب توافره عند قبول الموصى له (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ وهامش ٣٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٧٠ ص ١٠٣٤ هامش ١ – بيدان ٤ فقرة ٧٦٧ – ماز و فقرة ١٥٠٠ – أنسيكلو بيدي داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٥٢ .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسي القاعدة الرومانية ، ويؤثر عليها القاعدة الكنسية. ولا يستكثر هذا الفقه على الحائز أن يبقى حسن النية طوال المدة اللازمة للتملك بالتقادم القصير ، فان أصبح سيء النية في خلال هذه المدة ، فأمامه التقادم المكسب الطويل وعليه أن يستوفي مدته حتى يتملك العقار بالتقادم (بودري وتيسييه فقرة ٦٨٥ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ هامش ٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٧٠) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

٩٦٥ مدنى تنص على ما يأتى : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقم الدليل على العكس » . وقدمنا أنه لا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته ، فالمفروض فيه أصلا أنه حسن النية حتى يثبت العكس [١] .

وعلى ذلك يفترض فى الحائز الذى يتمسك بالتقادم المكسب القصير أنه حسن النية ، فلا يكلف إثبات حسن نيته . ويستوى فى ذلك أن يكون جهل الحائز بأن من تعامل معه غير مالك راجعاً إلى غلط فى الواقع أو إلى غلط فى القانون ، ففى الحالتين يفترض حسن نية الحائز . وهناك رأى يذهب إلى أن حسن النية لا يفترض فى حالة الغلط فى القانون ، فان الغلط فى القانون لا يجوز افتراضه ويجب على الحائز إثباته . ولكن ما دمنا نسلم أنه إذا كان جهل الحائز راجعاً إلى غلط فى القانون فانه يعتبر حسن النية ، وما دام حسن النية يفترض دائماً ، فان الواجب التسليم بأن الحائز يفترض فيه دائماً حسن النية ، سواء رجع جهله إلى غلط فى الواقع أو إلى غلط فى القانون [٢] .

وقد قدمنا أن حسن النية مفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس . وعلى ذلك إذا ادعى المالك الحقيقى أن الحائز لم يكن حسن النية ، وأنه كان يعلم وقت تلقى الملكية أن المتصرف غير مالك ، فعليه هو يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن [٣] . ويقع كثيرا فى العمل أن

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ – ٢٥ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ – ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣١٠ – ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠١ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٣–١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٥– ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ . وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٦٨٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ – مارتى ورينو فقرة ٢٠١ ص ٢١٣ – وانظر عكس ذلك وأن الغلط فى القانون لا يفترض : لوران ٣٢ فقرة ٤١٥ – جيوار فقرة ٥٧٥ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ – ص ٥٢٠ وهامش ٣٠ – وهذا الخلاف محدود الأهمية من الناحية العملية ، فالذى يقع عملا أن الحائز يبادر هو نفسه إلى إثبات حسن نيته وأن غلطه كان غلطاً مغتفراً .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى المشترى أنه تملك العقار بوضع اليد مع حسن النية والسبب الصحيح ، فلا يحتاج إثبات سوء نيته عند الشراء إلى دليل معين ، بل هو جائز بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها القرائن ، وقد تكون هذه وحدها كافية فى الإثبات –

يلجأ المالك الحقيقى ، فى اثبات سوء نية الحائز ، إلى سند المتصرف الذى تعامل الحائز على مقتضاه . فقد يتبين من هذا السند أن المتصرف غير مالك أو أن ملكيته ليست خالصة ، فيستخلص من ذلك سوء نية الحائز ما دام يعلم ، أو كان ينبغى أن يعلم ، أنه يتعامل مع غير مالك (١) .

المطلب الثانى

كسب ملكية المنقول

(الحيازة فى المنقول سند الملكية)

٤٣٥ – نص قانونى : تنص المادة ٩٧٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ – من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله ، فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » .

« ٢ – فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشىء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة منها » .

« ٣ – والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » (٢) .

= فاذا كان من يدعى سوء نية المشترى قد ساق القرائن القائمة فى الدعوى الدالة على صحة دعواه ، وكانت هذه القرائن دالة فعلا على سوء النية ، فانه يكون من القصور أن يكتفى الحكم فى رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحال تدل على أن المشترى حين اشترى كان يعلم أنه يشترى من المالك الحقيق (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٧ ص ٥٥١). وانظر أيضا نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٦١ (لقاضى الموضوع سلطة تامة فى استخلاص سوء النية من قضائها فى الدعوى ، ولا يكفى لاستفادة نازع الملكية الذى رسا عليه المزاد من التقادم الخمسى تذرعه بجهله الحقيقة ، إذا كان مقصراً فى البحث والاستقصاء ، فان تقصيره يتعارض مع حسن النية ولا يجوز له أن يفيد من هذا التقصير) .

وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٨٦٣ ص ٥٢٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٩ – نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ – ١ – ٧٣٠ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ – ١ – ٢٠٤ .

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٦٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٨ – كاربونييه ص ٢١٩ – نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٩١٧ سيريه ١٩٢٧ – ١ – ١٩٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – من حاز منقولا أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله ، مستنداً فى حيازته =

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٤٦ /٦٨و٦٠٧ /٧٣٣ و ٧٣٤/٦٠٨ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٢٧ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٨٠ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٦٣ (٢) .

= إلى سبب صحيح ، فإنه يصبح مالكاً لما حازه ، إذا كان حسن النية وقت حيازته . ٢ — فاذا كان الحائز بحسن نية وبسبب صحيح قد حاز الشىء باعتباره خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة من هذه التكاليف والقيود . ٣ — والحيازة وحدها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٥١ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية جعلته مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٠ — ص ٥١٢) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٦٨/٤٦ : ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولولم تكن ملكاً لمن سلمها . إنما يشترط فى ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للمسلم ، ولايضر هذا بحق المالك الحقيقى فى طلب استردادها فى حالة الضياع أو السرقة .

م ٧٣٣/٦٠٧ : وتثبت الملكية فى المنقولات فى حق كل إنسان بحيازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته .

م ٧٣٤/٦٠٨ : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت مايخالف ذلك ، مع مراعاة ما تقدم فى حالتى السرقة والضياع .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، وإن كان التقنين المدنى السابق أورد هذه الأحكام مشتتة فى أماكن مختلفة : أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٨٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٣ : ١ — من حاز وهو حسن النية منقولا أو سنداً لحامله ، مستنداً فى حيازته إلى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد . ٢ — والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك.

(وأحكام التقنين العراقى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، غير أن التقنين العراقى لم يورد نص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدنى مصرى وهى تتكلم عن إسقاط التكاليف والقيود العينية بالحيازة . وجعل حائز المنقول لا تسمع عليه دعوى الملك لا أن يتملك هو المنقول ، وذلك جرياً على تقاليد التقنين العراقى فى عدم جواز سماع الدعوى) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن حيازة المنقول بحسن نية وبسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز ، فيصبح مالكا له بمجرد الحيازة . ويورد التقنين المدنى الفرنسى هذه القاعدة الهامة فى المادة ٢٢٧٩ منه ، ويصدر هذه المادة بعبارة مشهورة استعارها من القانون المدنى الفرنسى القديم كما وردت على لسان Bourjon أحد فقهاء هذا القانون ، تجرى على الوجه الآتى : « En fait de meubles, la possession vaut titre. »[١] . وقد ألف الفقه فى مصر أن يؤدى هذه القاعدة ، التى انتقلت من القانون الفرنسى إلى القانون المصرى ، بالعبارة الآتية : « الحيازة فى المنقول سند الملكية »[٢] .

والمفروض أن حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانونى ناقل للملكية كالبيع وهذا هو السبب الصحيح ، فباع له غير المالك منقولا ، فلم تنتقل إليه الملكية بالبيع لأنه صادر من غير مالك كما قدمنا . فهل يبقى مشترى المنقول حسن النية معرضا مدة معينة لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقى ، كما رأينا مشترى العقار من غير المالك معرضا مدة خمس سنوات لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقى ؟ لم ير القانون الفرنسى القديم أن يجعل مشترى المنقول فى مركز مشترى العقار ، إذ أن المنقول على خلاف العقار يقتضى السرعة فى التعامل ، ويصعب فى المنقول فحص أصل ملكية

---

(١) وهذا ما قاله Bourjon "En fait de meubles, la possession vaut titre." : أنظر Bourjon الكتاب الثانى الباب الأول – الفصل السادس – الفرع الأول فقرة ١ – وانظر فى الموضوع بأكله : Jobbé Duval فى دراسة تاريخية فى دعوى استحقاق المنقول ، فى القانون الفرنسى باريس سنة ١٨٨١ – Saleilles فى حيازة المنقول باريس سنة ١٩٠٧ .

(٢) عدل الفقهاء المحدثون فى مصر عن هذه العبارة إلى العبارة الآتية : « الحيازة فى المنقول سند الحائز » ، بدعوى أن الحيازة لا تكسب الملكية فحسب ، بل تكسب أيضاً حقوقاً عينية أخرى غير الملكية ، وكذلك تسقط التكاليف والقيود العينية فيكسب الحائز الملكية خالصة منها. وإذا كانت العبارة الأولى التى كانت مألوفة ناقصة على هذا الوجه ، فان العبارة المستحدثة ناقصة أيضاً ، ولا تكون هذه العبارة كاملة إلا إذا قيل : الحيازة فى المنقول سند الحائز فى الملكية وفى الحقوق العينية الأخرى وفى إسقاط التكاليف والقيود العينية . أما إذا أريد الإيجاز والاقتصار على إبراز أظهر آثار الحيازة ، فان العبارة التى كانت مألوفة قد أبرزت أظهر هذه الآثار وهو كسب ملكية المنقول ، حتى أن Bourjon وهو الذى استعار التقنين المدنى الفرنسى عبارته كما قدمنا يقول فى هذه العبارة la possession vaut titre de propriété.

البائع إذ المنقول كثير التنقل من يد إلى يد ، ويحسب مشتريه أن يراه فى يد البائع حتى يطمئن إلى أنه يتعامل مع المالك . ومن ثم إذا ظهر أن بائع المنقول لم يكن هو المالك ، ولم تنتقل الملكية إلى المشترى بالبيع ، فانها تنتقل بحيازة المشترى للمنقول إذا كان وقت الحيازة حسن النية أى يعتقد أن البائع هو المالك. وبذلك يكون المشترى ، بمجرد حيازة المنقول على هذا الوجه ، بمأمن من أن يرفع عليه المالك الحقيقى دعوى الاستحقاق ، ولا يضطر أن يبقى حائزا للمنقول طوال خمس سنوات كما يضطر إلى ذلك مشترى العقار فيما رأيناه فى التقادم المكسب القصير [١] .

فالحيازة بحسن نية تنقل إذن ملكية المنقول فورا إذا كانت مقترنة بالسبب الصحيح ، ولا تنقلها مقترنة بالسبب الصحيح فى العقار إلا إذا دامت خمس سنوات كما رأينا ، وتنقلها فورا وبدون حاجة إلى سبب صحيح فى الثمار كما سنرى .

وتملك المنقول بالحيازة على النحو الذى قدمناه أمر يقتضيه ، لا سرعة التعامل فى المنقول فحسب، بل أيضا استقرار التعامل فيه . وبدون هذه القاعدة يصبح التعامل فى المنقول محفوفا بالمخاطر ، فينبغى إذن لمن يشترى منقولا من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك أن يعتبر كأنه اشترى من المالك نفسه [٢] ، وإذا لم تنتقل إليه الملكية بالبيع فانها تنتقل بالحيازة . وهذا ما وصل إليه القانون الفرنسى القديم فى عهوده الأولى ثم فى تطوراته الأخيرة ، وذلك على خلاف القانون الرومانى الذى كان لا يعرف هذه القاعدة . ويدعو ذلك إلى إيراد عجالة سريعة فى الأصل التاريخى للقاعدة .

٤٤٦ – الأصل التاريخى لقاعدة تملك المنقول بالحيازة لم يعرف القانون الرومانى هذه القاعدة ، بل كان حائز المنقول إذا كان حسن النية لا يتملكه فورا ، وإنما كان يتملكه بالتقادم كالعقار ، ولكن فى مده أقصر : سنه واحدة

(١) أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٨٢٦ ص ٦٥٤ وفقرة ٨٢٩ ص ٦٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٠ .

(٢) ويقول سال فى هذا المعنى : « الحيازة غير المرضية التى يتلقاها الحائز ممن يعتقد أنه المالك تعدل السند الذى يصدر من المالك نفسه » (سال فى رسالته فى التصرف فى القيم المنقولة سنة ١٨٨٣ فقرة ٩٢) .

ثم أطيلت فى عهد جستنيان إلى ثلاث سنوات [١] .

أما القانون الفرنسى القديم فقد ظل فى عهوده الأولى محتفظا بالتقاليد الجرمانية ولم يتبع القانون الرومانى ، فكان لا يعطى لمالك المنقول إذا خرج المنقول من حيازته إلى حيازة شخص آخر دعوى استحقاق ضد الحائز الجديد. فاذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بارادة المالك ، كما فى الوديعة والعارية ، فان للمالك أن يرفع دعوى شخصية ضد المودع عنده أو المستعير يسترد بها المنقول ، ولكن ليس له أن يرفع دعوى استحقاق ضد حائز انتقلت إليه الحيازة من المودع عنده أو المستعير . ومن هنا جرت القاعدة بأن المنقول ليس فيه حق التتبع (Meubles n'ont pas de suite, mobilie non hebent scquelam) [٢] . أما إذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بسبب السرقة أو الضياع ، فان القانون كان يعطى للمالك دعوى ذات صبغة جنائية ، مالبثت أن انقلبت إلى دعوى استحقاق مدنية يرفعها المالك ضد الحائز للمنقول [٣] .

وبقى الأمر على هذا النحو إلى القرن الثالث عشر ، إذ بدأ القانون الفرنسى القديم يتأثر فى هذه المسألة بالقانون الرومانى شيئا فشيئا ، فيكون للمالك دعوى استحقاق يسترد بها المنقول ولو خرج من حيازته طوعا دون سرقة أو ضياع . وما أقبل القرن السادس عشر حتى أصبحت القاعدة الرومانية مستقرة فى القانون الفرنسى القديم ، وأصبح للمالك ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، دعوى

(١) أنظر فى أن القاعدة لم تكن موجودة فى القانون الرومانى عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ١٩ – ص ٣٤ .

(٢) وكان أصل هذه القاعدة أن القوانين القديمة ، قبل أن تعرف عقود الوديعة والرهن والعارية ، كانت تقضى بأن المالك ينقل ملكية الشىء إلى من يريد أن ينقل إليه حيازته على سبيل الوديعة أو الرهن أو العارية ، على أن يلتزم الحائز التزاماً شخصياً برد الشىء إلى المالك . فكان المالك إذا تجرد من حيازة الشىء تجرد أيضاً من ملكيته ، وتجرد تبعاً لذلك من دعوى الاستحقاق. وبقى متجرداً من دعوى الاستحقاق حتى بعد أن عرفت القوانين القديمة عقود الوديعة والرهن والعارية ، وبالرغم من أن هذه العقود لاتنقل الملكية ، وعلل الفقهاء القدماء ذلك بأنه جزاء على عدم حيطة المالك فى تسليمه ملكه إلى من يده بالتصرف فيه ، فوضع ثقته فيمن لا يستحقها (أنظر مازو فقرة ١٥٢١) .

(٣) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٨٩ – فقرة ٣٣٩١ – عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٤١ – ص ٦٩ .

استحقاق يسترد بها المنقول فى أى يد كان . (١) .

ولكن سرعان ما تفاقمت المخاطر التى يتعرض لها التعامل فى المنقول من جراء القاعدة الرومانية ، إذا كان الحائز للمنقول حسن النية . وتوالت الجهود ، منذ أوائل القرن السابع عشر ، للتضييق من دعوى استحقاق المنقول ، فأنقصت المدة التى كان يجوز أن ترفع فى خلالها وكانت ثلاث سنوات كما حددها جستنيان . ثم ألغيت دعوى استحقاق المنقول بتاتا ، إذا كان المالك هو الذى نقل حيازة المنقول بارادته إلى شخص ائتمنه عليه فتصرف فيه على غير ما يريده المالك . ولم تستبق دعوى استحقاق المنقول إلا فى حالتى السرقة والضياع ، فعاد الأمر فى القرن الثامن عشر إلى ما كان عليه قبل القرن الثالث عشر. وهكذا بقى القانون الفرنسى القديم متأثرا بالقانون الرومانى طوال خمسة قرون ، ثم رجع إلى تقاليده القديمة ، واستبعد دعوى الاستحقاق فى المنقول .

وورد ذكر استبعاد دعوى الاستحقاق فى المنقول ، فى القرن الثامن عشر ، فى كتاب (٢) لأحد فقهاء القانون الفرنسى القديم — بورجون Bourjon — ظهر فى سنة ١٧٤٧ . وقد أرجع بورجون هذه القاعدة إلى قضاء محكمة Châtelet بباريس ، ويبدو على الأرجح أن هذا القضاء كان حديثا وقت أن كتب بورجون (٣) . وقد عدل فقهاء القانون الفرنسى القديم فى هذا العهد

---

(١) وتحورت القاعدة التى كانت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق التتبع إلى معنى آخر ، فأصبحت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق التتبع عن طريق الرهن الرسمى meubles n'ont pas de suite par hyfothèque ، أى أن المنقول لا يصح أن يكون محلا للرهن الرسمى فلا يترتب هذا الرهن إلا على العقار . أنظر مازو فقرة ١٥٢٢ ص ١٢٢٢ – مارتى ورينو فقرة ٢٩٠ ص ٣٧٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٩٢ – فقرة ٣٣٩٤ – عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٧٠ – ص ٧٨ .

(٢) عنوانه « القانون العام فى فرنسا » (la droit commun de la France) .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٦٥ وهامش ٢ – مازو فقرة ١٥٢٣ – مارتى ورينو فقرة ٣٩٠ ص ٣٧٨ – ص ٣٧٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٩٨ – فقرة ٣٤٠٠ – وانظر فى أن بوتييه لم يقرر ، كما قرر بورجون ، قاعدة تملك المنقول بالحيازة باعتبارها قاعدة مسلماً بها فى القانون الفرنسى القديم ، بل كان يجعل لمالك المنقول رفع دعوى الاستحقاق على الحائز ولو كان حسن النية إلا فى حالة سرقة ، وفى الخلاف بين ما قرره بوتييه وما قرره بورجون فى هذا الشأن ، وفى أن المادة ٢٢٧٩ مدنى فرنسى اقتبست مما كتبه بورجون لا مما كتبه بوتييه : بودرى وتيسييه فقرة ٨٢٢–٨٢٦ .

الأخير عن العبارة التي كانت مألوفة منذ القرن الثالث عشر من أن المنقول ليس فيه حق التتبع (meulbes n'ont pas de suite) ، إلى عبارة أخرى هي أن « الحيازة تعدل السند » (possession vaut titre) . وكان المقصود بهذه العبارة الأخيرة ، في أول الأمر ، أن حائز المنقول إذا ادعى ملكيته لم يطالب بتقديم دليل على هذه الملكية ، وتكفي حيازته للمنقول سندا له إلى أن يثبت خصمه أنه هو المالك . ثم ظهر قضاء Châtelet ، والجديد فيه أنه أعطى لهذه العبارة قوة أكبر بكثير مما كانت عليه ، فلم تعد تعني أن حيازة المنقول تقتصر على مجرد افتراض أن حائز المنقول هو المالك له إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل أصبحت تعني أن حائز المنقول يصبح مالكا له بمجرد الحيازة فلا يستطيع من يدعي استحقاق المنقول أن يسترده من يد الحائز [١] .

وعلى ذلك أصبحت العبارة تفيد في القانون الفرنسي القديم معنيين مختلفين. المعنى الأول أن حيازة المنقول طريق لإثبات ملكيته ، فيفترض في الحائز أنه هو المالك ولا يكلف تقديم دليل على ذلك وتكفيه الحيازة سندا ، وذلك إلى أن يقدم مدعي الاستحقاق الدليل على أنه هو المالك دون الحائز . والمعنى الآخر أن حيازة المنقول ليست فحسب طريقا لإثبات ملكيته ، بل هي أيضا طريق لكسب ملكيته . فلا تقتصر حيازة المنقول على مجرد إقامة قرينة على ملكيته إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل إن هذه الحيازة تكسب الحائز ملكية المنقول إذا لم يكن مالكا له قبل الحيازة . وقد انتقل هذان المعنيان من القانون الفرنسي القديم إلى القانون الفرنسي الحديث ، حيث أصبحت المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي تعبر بطريق مباشر عن المعنى الثاني [٢] ، وحيث ألصق القضاء الفرنسي المعنى الأول بالمادة نفسها إذ لم يجد نصا آخر يفيد مباشرة هذا المعنى [٣] . فأصبح لحيازة المنقول دوران ، فهي طريق للإثبات ، وهي سبب لكسب الملكية . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٦٦ .

(٢) أنظر ما قاله Bigot de Préamneu في هذا المعنى في Jenet ١٥ ص ٦٠٠ .

(٣) أنظر في الأصل التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٤ هامش ٢ – بودري وتيسييه فقرة ٨١٧ – فقرة ٨٢٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٨ – فقرة ٣٦٩ – مارتي ورينو فقرة ٣٩٠ – عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ١٥ – ص ١١٠ .

٤٣٧ – حيازة المنقول لها دوران – طريق للإثبات وسبب لكسب الملكية : أما أن حيازة المنقول طريق للإثبات ، فيظهر ذلك إذا كان النزاع بين حائز المنقول ومن تلقى الحائز منه الحيازة ، ويكون هذا الأخير فى العادة هو المالك ، ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها . وأما أن حيازة المنقول سبب لكسب الملكية ، فإن ذلك إنما يكون إذا كان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك (non domino) وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه ، فتكون الحيازة سببا لكسب الحائز ملكية المنقول [1] . فالحيازة إذن تكون طريقا للإثبات إذا تعامل الحائز مع المالك ، وسببا لكسب الملكية إذا تعامل مع غير المالك . ونستعرض كلا من هذين الدورين :

(الدور الأول) حيازة المنقول طريق للإثبات : الحائز للمنقول ، كالحائز للعقار ، يفترض فيه أنه المالك لما يحوزه. وافتراض أن الحائز هو المالك لا نص عليه فى التقنين المدنى الفرنسى ، ولكنه يستخلص من تقاليد القانون ، ومن الفهم السليم ، ومما جرى عليه القضاء الفرنسى فى تتابع واضطراد . ولما كان القضاء الفرنسى لا يجد نصا صريحا يستند إليه فى هذه المسألة ، فقد اضطر للالتجاء إلى المادة ٢٢٧٩ مدنى فرنسى يستند إليها فى ذلك [2] . أما فى مصر ، ففى التقنين المدنى المصرى نص صريح فى هذا المعنى ، فقد نصت المادة ٩٦٤ مدنى فيما قدمناه على أن « من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » . فالحيازة القانونية تفترض الملكية عند الحائز . إلى أن يثبت العكس . ثم إن الحيازة المادية تفترض الحيازة القانونية ، فقد نصت المادة ٩٦٣ مدنى فيما رأينا على أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » . فإذا طبقنا هذه النصوص على

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٣ ص ٣٧٠ – مازو فقرة ١٥٢٤ – وانظر فى التقنين المدنى الألمانى المادتين ٩٣٢ و١٠٠٦ – وفى التقنين المدنى السويسرى المادتين ٩٣٠ و ٩٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٤ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠١ – عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ١٥١ – ١٥٢

حيازة المنقول ، أمكن القول بأن التقنين المدنى المصرى صريح فى أن من يحوز المنقول حيازة مادية يفترض فيه أنه يحوزه حيازة قانونية، ومن يحوزه حيازة قانونية يفترض فيه أنه مالكه ، وذلك كله ما لم يقم الدليل على العكس . وعلى ذلك تكفى الحيازة المادية للمنقول حتى يستخلص منها الحيازة القانونية ، والحيازة القانونية بدورها تفترض فى حائز المنقول أنه مالكه،ويستوى فى ذلك كما قدمنا أن يكون حائز المنقول حسن النية أو سيئها .

وافتراض أن حائز المنقول يملكه يقوم فى جميع الأحوال ، ولا يطلب من الحائز أن يقدم الدليل على ملكيته إذ أن ملكيته مفترضة ، ويطلب من مدعى الاستحقاق أن يقدم هو الدليل على ملكيته . ولكن أكثر ما يستعين فيه حائز المنقول بهذا الافتراض عندما يقوم نزاع بينه وبين من تلقى منه الحيازة على ملكية المنقول ، فيطلب هذا الأخير من الحائز أن يرد له المنقول مدعيا أنه إنما تخلى له عن حيازته على سبيل الوديعة أو على سبيل العارية مثلا ، ويدعى الحائز أنه إنما تلقى ملكية المنقول من هذا الحائز السابق وقد اشتراه منه مثلا أو وهبه هذا إياه. ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا وجدت منقولات ذات قيمة، كمجوهرات ، أو سندات لحاملها أو أثاث ، فى يد قريب أو وارث أو خادم أو ممرضة أو خليلة لشخص كان يملك هذه المنقولات ثم توفى ، ويطالب الورثة باستردادها من الحائز ، ويدعى الحائز أن المورث قد وهبها إياه [1] . فعند ذلك يستطيع الحائز أن يتمسك بالحيازة قرينة على أن الملكية قد انتقلت إليه من المورث بموجب تصرف قانونى صحيح ولا يطلب منه إثبات هذا التصرف [2] ، ولكن يشترط فى ذلك أن يثبت الحائز أن حيازته للمنقولات حيازة حقيقية ، وأنها مقترنة بنية التملك (animo domini) ، وأنها خالية من العيوب . فحيازة المنقولات حيازة رمزية ، عن طريق تسلم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن ، ليست حيازة حقيقية (انظر م ٢/٩٥٤ مدنى) . ولا يعتبر المشترى قد حاز المبيع حيازة حقيقية ، إذا هو تركه فى يد البائع يحوزه نيابة عنه constitut possessoire [3] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٥ .

(٢) كاربونيه ص ٢٦٠ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٧٣ .

ولكن يعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح المكان أو الصندوق الذى أودع فيه المنقول ، بحيث يستطيع الاستيلاء على المنقول فى أى وقت يشاء [١] . ونية التملك مفترضة عند الحائز ، إلا إذا أقام مدعى الاستحقاق الدليل على أن الحيازة إنما هى حيازة عرضية غير مقترنة بنية التملك [٢] . ويجب أن تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه ، ومن عيب الخفاء . ومن عيب الغموض [٣].

فإذا أثبت الحائز حيازته للمنقول على النحو الذى قدمناه . فإنه لا يكلف تقديم الدليل على أنه مالك للمنقول إذ أن الحيازة تفترض وجود الملكية عنده. ويحمل مدعى الاستحقاق عبء إثبات أن الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة. فله أن يثبت أن الحيازة حيازة عرضية بأن يثبت مثلا وجود عقد وديعة أو عقد وكالة أو عقد عارية أو أى عقد آخر يعترف بموجبه الحائز أنه لا يحوز المنقول إلا لحساب مالكه وأنه ملتزم برده له.[٤] ويسرى فى إثبات هذا العقد القواعد العامة فى الإثبات ، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المنقول على عشرة جنيهات [٥] . ولمدعى الاستحقاق أيضا أن يثبت أن الحيازة حيازة خفية ، كأن يثبت مثلا أن الحائز قد أخفى السندات لحاملها فلم يذكرها فى محضر حصر التركة على أنها كانت للميت ثم وهبه إياها ، وجعل يقبض « كوبوناتها » بواسطة الغير مدة طويلة ، فلما اشتهر أمرها عند الورثة تمسك الحائز بحيازتها . فى مثل هذا الفرض تكون الحيازة حيازة خفية . فلا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية [٦] . وعيب الخفاء واقعة مادية . يجوز إثباتها بجميع الطرق . ولمدعى الاستحقاق أن يثبت أن الحيازة حيازة غامضة ، كأن يثبت مثلا أن الحائز كان فى معيشة واحدة مع المورث (cohabitation)

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٥٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٢٧٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ وفقرة ٢٧١ .

(٣) نقض فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ داللوز ١٩٥٦ – ٢٨٧ – ٢٠ يونيه سنة ١٩٦١ J.C.P. II ١٢٣٠٢ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠١ – نقض فرنسى ٢٤ يونيه ١٩١٢ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٣٦ – ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ – ١ – ١٢١ .

(٥) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢١ – ١ – ١٤٨ .

(٦) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٠ – ١ – ٤١٣ – ١٥ أبريل سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٢٨٨

وأن المنقولات انتقلت إلى يده بحكم هذه المعيشة الواحدة ، فيشوب الحيازة غالبا عيب الغموض ، ومن ثم لا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية [١] . وعيب الغموض هو أيضا واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ويترك التقدير فيها لقاضي الموضوع [٢] . ولمدعي الاستحقاق كذلك أن يثبت أن الحائز إنما استولى على المنقولات بطريق الاحتيال والغش ، فلا يعتد عندئذ بالحيازة ولا تكون قرينة على الملكية ، ويجوز إثبات الاحتيال والغش بجميع الطرق .

فإذا ما نجح مدعي الاستحقاق فى إثبات شئ مما تقدم ، وأصبحت الحيازة لا يعتد بها كقرينة على الملكية ، فإن عليه أن يثبت ملكيته هو أو ملكية مورثه للمنقولات ولو عن طريق حيازة سابقة ، ليسترد هذه المنقولات بدعوى الاستحقاق التى رفعها [٣] . وقد يستردها بالدعوى الشخصية ، إذا ما أثبت مثلا أن الحائز ، كان مودعا عنده أو مستعيرا وأن عليه التزاما بالرد [٤] . أما إذا لم ينجح مدعي الاستحقاق فى إثبات ما يوجهه من طعن فى الحيازة ، فإن الحيازة تبقى محتفظة بقيمتها ، وتكون قرينة على ملكية الحائز [٥] . ولكن هذه

---

(١) نقض فرنسى ٢١ يونيه سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٥٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٧ ص ٣٧٥ .

(٣) بوردرى وتيسييه فقرة ٨٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٦ - ص ٣٧٧ - وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ هامش ٢٦ .

(٤) ولكن الدعوى الشخصية تعرض مدعي الاستحقاق لأن يزاحمه سائر دائنى الحائز (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٧) . وإلى جانب هذه الميزة لدعوى الاستحقاق على الدعوى الشخصية توجد ميزات أخرى : (ا) قد تكون الدعوى الشخصية سقطت بالتقادم ، فلا يكون أمام المالك فى هذه الحالة إلا دعوى الاستحقاق وهى لاتسقط بالتقادم . (ب) قد يكون المنقول سلم بعقد لنقص الأهلية ، فإذا أبطل العقد لم يعد للمالك إلا دعوى الاستحقاق . (ج) قد يكون المنقول أوصى برقبته لشخص وبحق الانتفاع فيه لشخص آخر ، ويضع صاحب حق الانتفاع يده على المنقول باعتباره ملكاً له انتفاعاً ورقبة ، فلا يستطيع مالك الرقبة إلا أن يرفع دعوى الاستحقاق فى هذه الحالة ، إذ لا توجد رابطة شخصية تربطه بصاحب حق الانتفاع حتى يجوز له رفع الدعوى الشخصية . أنظر فى ذلك كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٢١٧ ص ٩٩٣ .

(٥) ولايكلف الحائز إقامة الدليل على التصرف القانونى الذى يدعى أنه نقل إليه الملكية من المورث ، كبيع أو هبة . ويعتبر الحائز كأنه تلقى الملكية من المورث بالبيع الذى يدعيه أو [illegible] يدعيه . وتسرى [illegible] أحكام البيع أو الهبة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٩ - تعليق بلانيول فى داللوز ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩) .

القرينة قابلة لإثبات العكس ، ولا يكفى لدحضها أن يثبت مدعى الاستحقاق أنه كان يملك المنقول . إذ تبقى قرينة انتقال هذه الملكية منه إلى الحائز بفضل الحيازة الثابتة قائمة . بل على مدعى الاستحقاق أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأن يثبت فوق ذلك أن الملكية لم تنتقل إلى الحائز بتصرف قانونى خال من العيوب [١] .

(الدور الثانى) حيازة المنقول سبب لكسب الملكية : ويفرض هنا أن الحائز تلقى الحيازة وهو حسن النية ، لا من المالك كما هو الأمر فى الحيازة التى تكون طريقا للإثبات ، بل من غير المالك . فيكسب الحائز ملكية المنقول ، لا بموجب التصرف القانونى الصادر من غير المالك فان هذا التصرف لا ينقل الملكية ما دام قد صدر من غير المالك . ولكن بموجب الحيازة نفسها التى تعتبر فى هذه الحالة سببا لكسب ملكية المنقول . وذلك ما لم يكن المنقول قد سرق من مالكه أو ضاع منه ، فان المالك فى هذه الحالة ، وقد خرج المنقول من حيازته بغير إرادته ، يعامل معاملة أفضل من المالك الذى خرج المنقول من حيازته بارادته ووضع ثقته فيمن لا يستحقها ، فتخلى عن حيازة المنقول لشخص خان الأمانة وتصرف فى المنقول لحائز حسن النية .

وعلى ذلك يستطيع المالك ، فى حالتى السرقة والضياع ، أن يسترد المنقول من الحائز بالرغم من حسن نيته على تفصيل سيرد بيانه فيما يلى .

وهذا الدور الثانى لحيازة المنقول ، وهو أن تكون الحيازة سببا لكسب

---

(١) أنظر فى تفصيل هذه المسألة عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٩٣ : – ص ٧٠ : – قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٩ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١١١ – فقرة ١١٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٣٩ – ويلاحظ أنه إذا لم ينجح الطعن فى حيازة الحائز وبقيت الحيازة محتفظة بقيمتها فانه يفترض أن لدى الحائز سندا نقل إليه الملكية من مدعى الاستحقاق (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٤٣٦ – أنسيكلو بيدى داللوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٢) . ولا يكلف الحائز إثبات وجود هذا السند ، ولكن يجب على الأقل أن يبين على وجه التحقيق ما هو السند الذى يتمسك به . وذلك حتى يتيسر لمدعى الاستحقاق أن يقدم الدليل العكسى على هذا السند (أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٥) .

الملكية ، هو الذى يعنينا هنا ، فنقتصر عليه فى بحثنا [١] . ونتكلم أولا فى القاعدة العامة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ثم نتكلم فى حكم الحيازة إذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا .

§ ١ – القاعدة العامة – الحيازة فى المنقول سند الملكية

٤٣٨ – شروط تطبيق القاعدة والآثار التى تترتب على تطبيقها : وهناك شروط لا بد من توافرها حتى يمكن تطبيق القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فاذا ما توافرت هذه الشروط ووجب تطبيق القاعدة نتج عن تطبيقها آثار معينة .

١ – الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة

٤٣٩ – شروط أربعة : يجب لتطبيق القاعدة توافر شروط أربعة : (١) أن يكون هناك منقول . (٢) وأن يخضع هذا المنقول لحيازة صحيحة . (٣) وأن يصحب هذه الحيازة سبب صحيح . (٤) وأن تقترن الحيازة بحسن النية [٢] .

٤٤٠ – الشرط الأول – المنقول الذى تنطبق عليه القاعدة – المنقول المادى تنطبق القاعدة على كل منقول مادى ، أى كل شىء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف . فيدخل فى ذلك العروض والحيوانات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة ومواد البناء ما دامت لم تشيد والأنقاض المتهدمة من البناء وغير ذلك من المنقولات

(١) وهو يختلف عن الدور الأول ، كما رأينا ، فى أمرين : أولهما أن الحائز فى الدور الثانى يتلقى الحيازة من غير المالك ويتلقاها فى الدور الأول من المالك ، والأمر الثانى أن الحائز فى الدور الثانى يجب أن يكون حسن النية ولا يشترط حسن النية فى الدور الأول .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «يشترط فى تملك المنقول بالحيازة ما يأتى : (ا) أن يكون الشىء منقولا أو حقاً عينياً على منقول كرهن حيازة أو سند لحامله وهو منقول معنوى تجسد فأخذ حكم المنقول المادى . (ب) أن تكون هناك حيازة متوافرة الشروط . (جـ) أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ، وحسن النية مفروض كما هى القاعدة . (د) أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح . والسبب الصحيح يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح فى التقادم . فمجرد الحيازة إذن يفرض معها حسن النية والسبب الصحيح ، حتى يقوم الدليل العكسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

المادية[١] . وتعتبر النسخة الأصلية من المصنف (manuscrit) منقولا ماديا فتنطبق عليه القاعدة . ومن ثم إذا اشتراها شخص حسن النية من غير المالك تملكها بالحيازة . ولكن لا يترتب على انتقال الملكية إلى الحائز أن تنتقل إليه حقوق المؤلف . ولا يكون له الحق فى نشر المصنف . ومن جهة أخرى لا يجوز للمؤلف أن يلزم الحائز بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إلا باتفاق معه [٢] . ويستثنى من المنقولات المادية فلا تخضع للقاعدة : (١) المنقولات المعتبرة من الأملاك العامة ، لأنها غير قابلة للتملك فلا يجوز تملكها بالحيازة . ويدخل ضمن هذه المنقولات المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة . والتحف والتماثيل والصور المعروضة بالمتاحف العامة ، والتماثيل والمنقولات الأثرية [٣] ، والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة ، والذخائر والأسلحة والمهمات الحربية ، وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة [٤] . وتستطيع الدولة أو الشخص العام أن يسترد هذه المنقولات من أى حائز لها ولو كان حسن النية وتوافرت فيه شروط تملك المنقول بالحيازة . ويستردها فى أى وقت كان ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة أو أكثر [٥] . (٢) المنقولات الخاضعة للقيد أو المنقولات ذات

---

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٢٦-فقرة ٢٧ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٢٢٤ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٦ - ص ١٥٧ - بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٠ ص ٢٦٧ . عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٧٨ - ص ٦٧٩ - ونرى من ذلك أن القاعدة لا تنطبق على الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية لأنها تقع على شيء غير مادى (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٥١ ص ١١١٤ - نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٣ - ١ - ٢١٥).

(٣) نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١ .

(٤) الوسيط ٨ فقرة ٥٤ ص ١١٩ وفقرة ٥٧ ص ١٢٦ .

(٥) أنظر فى عدم انطباق القاعدة على رسالة كتبها موليير بخطه autographe he de Molière وتملكها المكتبة الملكية بباريس : باريس ٣ يناير سنة ١٨٤٦ داللوز ٤٦-٢-٢١٢ - وعلى منقولات تؤثث أماكن للعبادة : روان ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ جازيت دى باليه ١٩٦٢ - ١ - ٩٩ . وقد سبق أن قررنا فى الجزء الثامن من الوسيط : « وكما لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولا بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإدارى أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يد حائزه ، ولو كان هذا الحائز حسن النية . وإذا كان الشيء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فإن الشخص الإدارى يستطيع أن يسترده منه ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشترى قد اشترى الشيء المسروق أو الضائع فى سوق عامة أو من تاجر يتعامل فى مثل هذا المنقول » (الوسيط ٨ فقرة ٨٦ ص ١٥٣) .

الطبيعة الخاصة : وأهم هذه المنقولات هى السفن والطائرات ، إذ يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير تقيد فيه السفينة أو الطائرة ، كما تقيد التصرفات الواردة على أى منهما ، والقيد (immatriculation) هنا يعدل التسجيل (transcriptio1) أو القيد (inscription) فى العقارات . ومن ثم لا تنتقل ملكية هذه المنقولات ما لم يشهر التصرف ، فهى منقولات تلحق بالعقارات من هذه الناحية ، وهى كالعقارات لا تخضع لقاعدة تملك المنقول بالحيازة [1] .

وما دام المنقول المادى هو الذى يخضع للقاعدة على النحو الذى قدمناه ، فلا تخضع لها إذن العقارات بطبيعتها . كذلك لا يخضع لها العقار بالتخصيص ، وهو المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله . وما دام هذا المنقول ملحقا بالعقار ، فإنه يسترده مع العقار بدعوى الاستحقاق [2] ، ولا تحول دون ذلك قاعدة تملك المنقول بالحيازة لو أن حائزا حسن النية حاز العقار وما ألحق به من عقار بالتخصيص [3] . ولكن

---

(١) أنظر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن تسجيل السفن التجارية والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهون البحرية ، والمشروع الجديد للقانون البحرى ، واتفاقية شيكاجو المبرمة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ وقد ارتبطت مصر بأحكامها ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات لإجراء التسجيل على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن – وانظر الوسيط ٨ فقرة ٢٨ . ولكن هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة الخاضعة للقيد لا تعتبر عقاراً بل منقولا ، ومن ثم لا تخضع للتقادم المكسب القصير ، وإنما تخضع للتقادم المكسب الطويل (بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٥) .

ولا تخضع الثمار ، وإن كانت منقولا ، لقاعدة تملك المنقول بالحيازة . فانها ، وإن كانت هي الأخرى تملك بالحيازة أى بالقبض ، إلا أنها تسرى عليها أحكام قاعدة أخرى غير القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، وسيأتى بيان ذلك (أنظر م ٩٧٨ مدنى) .

(٢) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى عدم انطباق القاعدة على المنقولات التابعة لعقار حتى لو لم تكن هذه المنقولات عقاراً بالتخصيص ، كمنزل يباع بالأثاث الذى فيه ، فان المالك الحقيقى للمنزل والأثاث يستطيع أن يسترد من الحائز حسن النية المنزل والأثاث جميعاً (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢١٤ ص ٩٨٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ هامش ٣) . وقد ساد هذا الرأى فى الفقه المصرى (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٤ ص ٢١٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٨٩ – ص ٥٩٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٨١) . ولكن لو باع مالك العقار عقاره وفيه منقولات غير مملوكة له ، فان المشترى حسن النية يملك هذه المنقولات بالحيازة (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٣٩ هامش ٣) .

إذا فصل العقار بالتخصيص عن العقار، فإنه يرجع منقولا بطبيعته كما كان قبل إلحاقه بالعقار، ومن ثم يخضع للقاعدة ويصح تملكه بالحيازة. فإذا استأجر شخص أرضا زراعية بما عليها من مواش وآلات زراعية مملوكة لصاحب الأرض، وفصل المستأجر ماشية أو آلة زراعية منها وباعها لمشتر حسن النية، فإن هذا المشترى يملك الماشية أو الآلة الزراعية بمجرد الحيازة، ولا يحول دون ذلك أن الماشية أو الآلة الزراعية كانت فى الأصل عقارا بالتخصيص ما دامت قد فصلت عن الأرض [١].

ولا يخضع للقاعدة الحقوق الشخصية، كالديون (créances) والأوراق التجارية (effets de commerce)، فإن الديون تنتقل بالحوالة (cession de créance) ، والأوراق التجارية تنتقل بالتحويل (transfert) أو بالتظهير (endossement) [٢]. ويستثنى من ذلك السندات لحاملها، فنرى [٣] أنها تخضع للقاعدة ويجوز تملكها بالحيازة.

ولا يخضع للقاعدة المجموع من المال (universalité) ، لأنه لا يقبل الحيازة. ومن ثم لا يخضع للقاعدة المتجر (fonds de commerce) [٤]

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٦ ص ٦٧٥ – أما المنقول بحسب المآل فالأمر فيه يختلف فانه وقت أن يشتريه شخص حسن النية يكون عقاراً يستطيع المشترى أن يتحرى عن مالكه. فاذا اشترى شخص أشجاراً على أن تقطع وتسلم إليه، أو اشترى منزلا على أن يهدم ويسلم إليه أنقاضاً، فهناك خلاف فيما إذا كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة تنطبق فى هذه الحالة. أنظر فى انطباقها بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٦، وانظر فى عدم انطباقها Rodiére فى مجلة التشريع ٤٢ ص ٣٢١. ونميل إلى الأخذ بالرأى بالثانى، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى لسقف قديم قبل أن يفصل عن البناء الذى هو فيه ليس له أن يتمسك بالقاعدة (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٠).

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ – بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٦ – نقض فرنسى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ٤٤ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ – ٣ – ١٦ مارس سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ – ٤١٢.

(٣) أنظر مايل فقرة ٤٤١.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٣ مكررة – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٠ – نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٤ – ١ – ١١٢.

ولا التركة ولو لم تشتمل إلا على منقولات فإن المطالبة بالتركة إنما تكون بدعوى الإرث لا بدعوى الاستحقاق (١) .

٤٤١ – السند لحامله : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدنى تقول : « من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله . . . . » . فألحق السند لحامله (titre au porteur) بالمنقول فى تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى ، فاذا انتقلت إلى شخص حسن النية حيازة سند لحامله بسبب صحيح تملك هذا السند بمجرد الحيازة . والسند لحامله هو حق شخصى (créance) الدائن فيه هو أى شخص يحمل السند ، فينتقل هذا الحق لا عن طريق الحوالة (cession de créance) كما تنتقل الحقوق الشخصية ، ولا عن طريق التحويل (transfert) كما تنتقل السندات الاسمية (titres nominatifs) ، ولا عن طريق التظهير (endossement) كما تنتقل السندات الإذنية (titres à ordre) ، بل عن طريق المناولة من يد إلى يد ، فأى شخص يحمل السند يكون هو الدائن كما قدمنا . وعلى ذلك يختلط الحق الشخصى فى السند لحامله بالورقة ذاتها التى تثبت السند ، ويصبحان شيئا ماديا واحدا هو هذه الورقة التى أثبتت فيها السند . ويتجسد الحق الشخصى فى الورقة ، فتنتقل إليه ماديتها . ويصبح السند لحامله فى حكم المنقول المادى، كل من يحوزه بحسن نية يعتبر مالكا له كالمنقول المادى سواء بسواء ومن أجل ذلك أدخل المشرع السند لحامله فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى ، شأنه فى ذلك شأن المنقول المادى (٣) .

وكما يخضع السند لحامله لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، كذلك تخضع « كوبوناته » (conpms) لنفس القاعدة . فمن حاز هذه الكوبونات بحسن نية وبسبب صحيح ، يصبح مالكا لها (٤) .

وإذا ظهر السند الإذنى على بياض (endossé en blanc) ، فأصبح

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ – بودرى وتيسييه فقرة ٨٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٠ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤١ .

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤١ ص ٦٧٢ هامش ٢ .

ينتقل بالمناولة من يد إلى يد ، فانه يأخذ حكم السند لحامله . ويدخل كالسند لحامله فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى [١] .

والأوراق النقدية (billets de banqu) هى فى الواقع سندات لحاملها ، ومن ثم تدخل فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى . فمن حاز بحسن نية وبسبب صحيح ورقا نقديا من غير مالكه ، فانه يملكه . أما إذا كان سىء النية ، فإن لمالك الورق النقدى ، على فرض أنه أمكن التعرف على ذاتية هذا الورق النقدى وهذا نادر ، أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وكالورق النقدى النقود المعدنية ، إذا أمكن التعرف على ذاتيتها [٢] .

٤٤٢ ــ الحقوق العينية على المنقول : ويدخل كذلك فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى الحقوق العينية على المنقول (م ١/٩٧٦ مدنى) ، وذلك بشرط أن يكون الحق العينى على المنقول قابلا للحيازة . ويقبل الحيازة من الحقوق العينية على المنقول حق الانتفاع بالمنقول وحق استعماله ، ورهن حيازة المنقول ، وحق الامتياز على المنقول .

فأما حق الانتفاع بالمنقول (usufruit) وحق استعماله (usage) ، فيكسبان ، كما تكسب ملكية المنقول نفسه ، بالحيازة إذا اقترنت بسبب صحيح وتوافر حسن النية عند الحائز . فإذا رتب غير المالك . على منقول مادى ، لشخص حق انتفاع أو حق استعمال ، وتسلم هذا الشخص المنقول وهو حسن النية للانتفاع به أو لاستعماله ، فإنه يملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال بالحيازة . والسبب الصحيح هنا هو عقد إنشاء حق الانتفاع أو حق الاستعمال ، وقد صدر من غير مالك المنقول . والاعتبارات التى بنى عليها تملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال فى المنقول بالحيازة هى نفس الاعتبارات التى بنى عليها كسب ملكية المنقول نفسه بالحيازة : استقرار التعامل فى المنقول ومقتضيات سرعة التداول . وقد نصت المادة ١/٩٨٥ مدنى على أن « حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم » ، وأغفل النص الحيازة فى المنقول سهوا ، ولا يشملها التقادم لأن التملك بالحيازة غير التملك بالتقادم كما سيأتى .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠١ ص ٣٦٨ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٢ .

وأما حق رهن الحيازة فى المنقول . فقد ورد فى شأنه نص صريح . إذ نصت المادة ١١١٨ مدنى على أن « ١ – الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ – وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشئ المرهون . كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشئ المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن » . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى رهن الحيازة فى الجزء العاشر من الوسيط . ويكفى هنا أن نقرر أنه إذا رتب غير المالك على المنقول حق رهن حيازة لشخص تسلم المنقول على سبيل الرهن وهو حسن النية . فإن هذا الشخص يصبح دائنا مرتهنا للمنقول . لا بموجب عقد الرهن إذ هو صادر من غير المالك . ولكن بموجب الحيازة الواقعة على حق الرهن لا على حق الملكية . والسبب الصحيح هنا هو عقد الرهن الصادر من غير المالك . ويستطيع الحائز أن يحتج بهذا الرهن على المالك الحقيقى للمنقول [1] . واستقرار التعامل فى المنقول . هنا أيضا . هو الذى يبرر كيف يكسب الدائن حق رهن الحيازة فى المنقول بالحيازة . إذا صدر الرهن من غير مالك المنقول [2] . وتتبين أهمية ذلك بوجه خاص بالنسبة إلى بنوك الرهون . فهى تقرض المدينين وتأخذ ضمانا للقرض رهن حيازة على منقول يقدمه المدين . كسندات لحاملها أو مجوهرات أو غير ذلك من المنقولات . ولا يستطيع الدائن أن يتثبت مما إذا كان المدين هو المالك للمنقولات المرهونة . فمن حقه أن يستند إلى حيازة المدين الراهن للمنقول ليطمئن إلى أنه هو المالك ، وإلا لما استقر التعامل ، ولتعطل هذا الوجه من وجوه الائتمان .

وأما حق الامتياز على المنقول . فإنه يثبت بالحيازة مع حسن النية حيث

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٩٥ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٠ – وللدائن المرتهن حسن النية أن يحتج برهنه على الدائن صاحب الامتياز كالمستأجر (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥) وكالبائع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٦٨ .

يكون حق الرهن مبنيا على فكرة الرهن الضمنى : فيأخذ حكم رهن الحيازة على النحو الذى قدمناه . من ذلك امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة . فانه يثبت « ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير . ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها . وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » (م ١١٤٣ / ٢ مدنى) . ومن ذلك أيضا امتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل . فيقع الامتياز على الأمتعة « ولو كانت غير مملوكة للنزيل . إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة »[١] (م١١٤٤ / ٢مدنى) .

٤٤٣ – الشرط الثانى – الحيازة : ويجب أن يحوز الشخص المنقول حيازة صحيحة ، حتى يتملكه . والحيازة هنا هى سبب كسب ملكية المنقول ، أو سبب كسب الحق العينى على المنقول كحق الانتفاع وحق رهن الحيازة .

وحتى تكسب الحيازة الحائز الملكية أو الحق العينى ، يجب أن تكون حيازة حقيقية . وأن تكون متوافرة على عنصرها المعنوى إلى جانب هذا العنصر المادى ، وأن تكون خالية من العيوب . وقد قدمنا مثل ذلك فى الحيازة عندما تقوم بدورها الآخر ، كطريق للإثبات لا كسبب الملكية[٢] .

فيجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية (réelle) ، فحيازة المنقول حيازة رمزية لا تكفى كما إذا تسلم الشخص البضائع المعهود بها إلى أمين النقل

---

(١) ويذهب رأى إلى أن المصدر المباشر هنا هو النص ، « وإذا كان المشرع يقرر الامتياز على منقولات غير مملوكة بشروط خاصة ، فهى ليست شروط قاعدة الحيازة ، لأن حيازة المنقول محل الامتياز لا تكون للمؤجر أو صاحب الفندق بل للمستأجر أو النزيل . كما أن هذه الحيازة لا تستند إلى سبب صحيح » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤٢ – ص ٤٤٣ – وقرب عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٧٤ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٣ ص ٦٨٢) . وإذا صح أن المصدر المباشر لحق الامتياز هو النص ، فإن النص فيما نحن بصدده إنما هو تطبيق لقاعدة الحيازة . إذ الأصل أن الامتياز لا يثبت إلا على منقول مملوك للمدين ، فأثبته النص هنا على منقول غير مملوك للمدين ، وراعى فى ذلك توافر شروط قاعدة الحيازة . أما السبب الصحيح فموجود ، إذ أن امتياز المؤجر أو صاحب الفندق إنما يقوم على رهن ضمنى . فإذا وقع هذا الرهن الضمنى على منقول غير مملوك للمدين اعتبر سببا صحيحا .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٣٧ .

أو المودعة فى المخازن عن طريق تسلم سنداتها [١] . كذلك لا تعتبر حيازة المشترى للمنقول المبيع حيازة حقيقية ، إذا هو تركه فى يد البائع يحوزه نيابة عنه (constitut possessoire) . ويعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح الصندوق الذى أودع فيه المنقول ، بحيث يستطيع الاستيلاء عليه فى أى وقت شاء [٢] . وكون الحيازة حيازة حقيقية من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع [٣] .

ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة (animo domini) لا حيازة عرضية (précaire) ، فيجب أن يحوز الحائز لحساب نفسه لا لحساب الغير ، وبنية التملك أو بنية كسب الحق العينى محل الحيازة . ويفترض فى الحيازة أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، وعلى مدعى الاستحقاق أن يثبت العكس ، فيثبت أن الحائز لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب غيره . فإذا أثبت

---

(١) أنظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤١ – حسن كيرة ص ١١٥ .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٥٥٥ – جيوار فقرة ٨٦١ – فقرة ٨٦٢ – ترولون فقرة ١٠٦٢ – فقرة ١٠٦٣ – بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٧٣ – شفيق شحاته فقرة ٢١٥ – ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن الحيازة لاتعتبر سنداً للملك فى المنقول إلا إذا كانت فعلية بنية التملك ، بريئة من شائبة الغموض واللبس . وهى لاتكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشىء المحوز فى مكنة الحائز وتحت تصرفه ، ولاتكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصلا يحوز لنفسه لا لغيره ، ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها سواها مخالطة تثير الشك فى انفرادها بالتسلط على الشىء والتصرف فيه . ومفتاح الخزانة يشبه تذكرة النقل ، من حيث إن كلا منهما يجعل حامله حائزاً حيازة رمزية لمنقول ليس فى يده فعلا . وتشابه الحالتين يجعل قياس إحدى الحالتين على الأخرى قياساً سليماً لا يقدح فيه اختلافهما فى وجوه أخرى ، إذ ليس شرطاً لصحة القياس أن يتفق المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤) . وانظر فى معنى هذا الحكم : محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٦ ص ٢١١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٥ ص ٦٨٣ .

كذلك يعتد بالحيازة الحكمية فتنقل الملكية ، كما إذا اشترى مستأجر المنقول هذا المنقول من المؤجر غير المالك ، وبقى المستأجر واضعاً يده على المنقول ولكن على اعتبار انه مشتر لا مستأجر (عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٢٠٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٨٩ هامش ١) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٧ .

مثلا أن الحائز إنما يحوز المنقول على سبيل الوديعة أو العارية أو الإيجار أو الوكالة . فقد أثبت أن الحيازة حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب الحائز العرضى الملكية أو الحق العينى [1] .

ويجب أخيرا أن تكون الحيازة خالية من العيوب ، أى أن تكون حيازة غير متقطعة وغير مصحوبة بإكراه وغير خفية وغير غامضة . ولما كان شرط تملك المنقول بالحيازة أن يكون الحائز حسن النية . فإن حسن النية يتنافى مع أن تكون الحيازة مصحوبة بإكراه أو أن تكون خفية . وكذلك لا يتصور أن تكون الحيازة متقطعة . فإن مجرد الحيازة الحقيقية هنا ولو لحظة واحدة يكفى لكسب الملكية أو الحق العينى ، فليس هناك متسع من الوقت لتنقطع الحيازة . بقى عيب الغموض . والغالب أن إثبات نية التملك ينفى أن تكون الحيازة غامضة . وعلى ذلك إذا أثبت الحائز أن حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك . فيغلب أن يتضمن ذلك إثبات أن الحيازة خالية من العيوب [2] .

٤٤٤ – الشرط الثالث – السبب الصحيح : لا يعتبر السبب الصحيح فى القانون الفرنسى شرطا لتملك المنقول بالحيازة ، أو فى القليل لا يعتبر شرطا مستقلا عن شرط حسن النية بل هو يندمج فى هذا الشرط الأخير . ذلك بأن الحائز حسن النية إنما يعتمد عادة فى حسن نيته على اعتقاده أنه تلقى ملكية المنقول من المالك بتصرف قانونى من شأنه أن ينقل إليه الملكية ، وهذا التصرف القانونى هو السبب الصحيح ، فهو إذن عنصر من عناصر حسن النية وليس بشرط مستقل [3] ، وينبنى على ذلك أن التصرف القانونى الباطل والتصرف القانونى الظنى ، وكل منهما ليس له وجود قانونى ، يصلحان لأن يستند إليهما الحائز فى حسن نيته متى اعتقد أن الملكية قد انتقلت إليه بأى منهما [4] . أما إذا

---

(١) نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨٠ – مازو فقرة ١٥٣١ – وقارن مارتى ورينو فقرة ٣٩٣ ص ٣٨٤ .

(٣) ومع ذلك أنظر فى وجوب اشتراط السبب الصحيح فى القانون الفرنسى عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٢٥٤ ص ٢٨٩ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة [illegible] – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٢ – مازو فقرة ١٥٣٦ (فيما يتعلق [illegible]) .

كان التصرف القانونى قابلا للإبطال وعلم الحائز بذلك فإن هذا العلم لا ينفى حسن نيته [1] . وقد استبعد السبب الصحيح شرطا مستقلا فى القانون الفرنسى على النحو الذى قدمناه إذلم يرد له أى ذكر فى المادة ٢٢٧٩ / ١ مدنى فرنسى ، فهذا النص يقتصر على القول بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية En fait (de meubles, la possession vaut titre) . فلم يذكر النص لا السبب الصحيح ، ولا حسن النية . ولكن شرط حسن النية قد ورد فى نص آخر هو المادة ١١٤١ مدنى فرنسى ، ويعتبر هذا النص تطبيقا للقاعدة . ومن ثم استعير منه شرط حسن النية وكمل به نص المادة ٢٢٧٩ / ١ . أما شرط السبب الصحيح فلم يرد ذكره ، لافى المادة ٢٢٧٩ / ١ كما قدمنا ، ولافى أى نص آخر . وهذا بخلاف التقادم المكسب القصير فى العقار : فقد نصت المادة ٢٢٦ مدنى فرنسى صراحة على أن يشترط فيه وجود السبب الصحيح .

ويختلف التقنين المدنى المصرى عن التقنين المدنى الفرنسى اختلافا واضحا فى هذا الشأن . فقد اشترطت المادة ٩٧٦ مدنى مصرى صراحة وجود السبب الصحيح لتملك المنقول بالحيازة ، فقد رأيناها [2] تقول : « ١ — من حاز بسبب صحيح ... ٢ / فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح ... ٣ — والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح ... » . [3] وعلى ذلك يكون السبب الصحيح ، فى القانون المصرى ، شرطا قائما بذاته ومستقلا عن شرط حسن النية لتملك المنقول بالحيازة .

وقد بحثنا السبب الصحيح كشرط مستقل من شروط التقادم المكسب

---

(١) ولكن يستطيع المالك الحقيقى أن يستعمل دعوى من تصرف فى المنقول للحائز ، إذا كان هذا الأخير مدينا له بسبب انتزاعه الحيازة منه . فيطلب إبطال التصرف . فيرد الحائز المنقول للتصرف ، فيسترده من المتصرف المالك الحقيقى . على أن المالك الحقيقى قد لا ينجح فى هذه الدعوى غير المباشرة . ويتحقق ذلك إذا زال سبب الإبطال بالإجازة مثلا أو بالتقادم ، أو إذا دفع الحائز الدعوى بدفع من الدفوع التى كان المتصرف يستطيع أن يدفع بها . وحتى إذا نجح المالك الحقيقى فى الدعوى غير المباشرة ، فإن سائر دائنى المتصرف يزاحمونه طبقاً للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٢ ص ٣٨٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٣٥ .

(٣) أنظر أيضاً فى التقنين المدنى السابق المواد ٤٦/٦٨ و ٦٠٧/٧٣٣ و ٦٠٨ و ٧٣٤ آنفاً ص ١١١٥ هامش ١ .

القصير فى العقار ، وما قلناه هناك [١] ينطبق هنا . فالسبب الصحيح هو تصرف قانونى (acte juridique) ناقل للملكية [٢] ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك [٣] .
ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منشىء لحق عينى منقول آخر قابل لأن يكسب بالحيازة ، كحق الانتفاع فى المنقول وحق رهن الحيازة فى المنقول ، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق ، يعتبر هو أيضا سببا صحيحا . وإذا كان التصرف القانونى الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون « سببا صحيحا » على النحو السالف الذكر ، فان سند المتصرف نفسه الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا يعتد به . فقد يكون هذا المتصرف ليس عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك المنقول الذى يتصرف فيه ، وقد يكون حائزا عرضيا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو وكيل وقد باع المنقول للحائز فيكون سىء النية . فيستوى إذن أن يكون المتصرف حسن النية أو سىء النية ، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصلا ، والمهم فيه أن يكون غير مالك للمنقول أو غير صاحب الحق العينى المنقول الذى تصرف فيه للحائز . وقد رأينا فيما تقدم [٤] ما يعتبر سببا صحيحا وما لا يعتبر . فيعتبر سببا صحيحا بوجه خاص البيع والمقايضة والهبة والوصية بمنقول معين بالذات ورسو مزاد المنقول المحجوز عليه [٥] والوفاء بمقابل وتقديم الشريك منقولا حصة له فى الشركة ، ولا يعتبر

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠ وما بعدها .

(٢) أما الميراث فليس بتصرف قانونى بل هو واقعة مادية ، ومن ثم لا يصلح سبباً صحيحاً (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠١) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ – ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٤ – ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ – أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ – فقرة ٤٢٢ .

(٥) وقد قضى بأن من رسا عليه مزاد المحصول المحجوز عليه ، وتسلمه بعد فصله من الأرض ، له أن يتمسك بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ضد المشترى الذى باع له المدين هذا المحصول (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٠) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٠ – بنى سويف الكلية ١٧ أغسطس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٩ ص ٢٦٥ – قنا الجزئية ١٦ يناير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٥٩ ص ١٢٢ .

سببا صحيحا بوجه خاص الميراث والعقود التى ليس من شأنها أن تنقل الملكية (كالإيجار والعارية والوديعة والوكالة) والتصرفات الكاشفة عن الملكية (كالقسمة الاختيارية والصلح) والحكم القضائى. وقدمنا (١) أن التصرف القانونى الباطل من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ليس له وجود قانونى، فلا يعتبر سببا صحيحا. وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا التصرف القانونى الظنى، لأنه هو أيضا ليس له وجود قانونى (٢). أما التصرف القانونى القابل للإبطال فانه يصلح أن يكون سببا صحيحا، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (٣). وكذلك يصلح أن يكون سببا صحيحا التصرف القانونى المعلق على شرط فاسخ، كما يصلح أن يكون سببا صحيحا التصرف القانونى المعلق على شرط واقف ولكن من وقت تحقق الشرط (٤).

ولكن السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة يختلف عن السبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير فى أمرين : (١) لا يسجل السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة لأن التسجيل لا يكون إلا فى العقار، أما السبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير فيجب تسجيله كما أسلفنا القول (٥). (٢) فى إثبات السبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير، قدمنا (٦) أن السبب الصحيح لا يفترض وجوده، لذلك كان من الواجب إثباته، ويقع عبء الإثبات على الحائز الذى يتمسك بالتقادم، ويثبته طبقا للقواعد العامة فى الإثبات. أما فى تملك المنقول بالحيازة، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٧٦ مدنى كما رأينا (٧) على ما يأتى : « والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقم

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٧ – شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٤.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٥.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦ – وإذا كان التصرف القانونى معلقاً على شرط وقف ولم يتحقق الشرط، انعدم التصرف القانونى واعتبر كأن لم يكن، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً، وكذلك يكون الحكم فيما إذا كان التصرف القانونى معلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦).

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٨.

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٩.

(٧) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٠.

الدليل على عكس ذلك » . ونرى من هذا النص أن حائز المنقول لا يكلف إثبات وجود السبب الصحيح ، فمجرد حيازته للمنقول يفترض وجود هذا السبب . وإذا نازع المالك الحقيقي للمنقول في وجود السبب الصحيح ، فعليه هو أن يثبت أنه غير موجود، أو أنه تصرف قانوني باطل أو تصرف قانوني ظني ليس لأي منهما وجود قانوني . ولا يكفي أن يثبت أن التصرف القانوني قابل للإبطال أو معلق على شرط ، فقد قدمنا أن التصرف القانوني في هاتين الحالتين يصلح أن يكون سببا صحيحا .

٤٤٥ – الشرط الرابع – حسن النية : ويشترط أخيرا في الحائز ، حتى يتملك المنقول بالحيازة ، أن يكون حسن النية . وفي هذا تقول المادة ١/٩٧٦ مدني كما رأينا [١] : « من حاز بسبب صحيح منقولا ... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . ومعنى حسن النية هنا هو نفس معناه في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير [٢] : أن يكون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك [٣] . فحسن النية إذن غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول ، على أن يكون هذا الغلط مغتفرا حتى يستقيم مع حسن النية ، فاذا كان غير مغتفر فانه ينفي حسن النية [٤] . ويستوى أن يكون الغلط في الواقع أو في القانون [٥] . وفي جميع الأحوال يجب أن يكون حسن النية كاملا ، فأي شك يقع في نفس الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفي حسن النية .

وعلم الحائز بالعيوب التي تشوب سند من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأي وجه من الوجوه ،

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨١ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٦ – ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ – شفيق شحاتة فقرة ٢١٧ ص ٢٢٤ .

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٣ .

ينفى حسن النية الواجب توافره عند الحائز (١) . أما العيوب التى تشوب السبب الصحيح نفسه أى التصرف القانونى الصادر للحائز ، فمنها عيب لا بد للحائز من أن يجهله، وهو أن يكون التصرف صادرا من غير المالك . إذ لا بد أن يعتقد الحائز أن التصرف صادر من المالك ، حتى يكون حسن النية كما أسلفنا . بقيت العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح ، ومن هذه ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سببا صحيحا كالتصرف الباطل والتصرف الظنى ، وسواء علم بها الحائز أو لم يعلم فان السبب الصحيح غير موجود، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان العلم بها ينفى حسن النية أو لا ينفيه إذ فى الحالتين لا يستطيع الحائز أن يتملك المنقول بالحيازة لانعدام السبب الصحيح . فاذا كان العيب الذى يشوب السبب الصحيح لا يمنع من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا ، وذلك كأن يكون التصرف قابلا للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلا للفسخ أو معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ ، فعلم الحائز بمثل هذه العيوب لا ينفى حسن نيته . ذلك لأن حسن النية هو ، كما قدمنا ، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح ، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير المالك . أما وقد جهل الحائز هذا العيب ، فهو حسن النية ، سواء كان لا يعلم بالعيوب الأخرى أو كان يعلم بها (٢) .

أما الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية ، فقد نصت المادة ١/٩٧٦ مدنى كما رأينا (٣) فى هذا الصدد على أن « من حاز بسبب صحيح منقولا ... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . فالعبرة إذن ، فى توافر حسن النية فى تملك المنقول بالحيازة ، بوقت حيازة المنقول ، لا بوقت

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣١ .

(٢) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٤٣٢ – وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨١ – وانظر حكماً لمحكمة النقض أفسحت فيه المحكمة مجالا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة فى حين أن السند صادر من ناظر الوقف مجاوزاً فيه الحدود التى عينها له القاضى الشرعى : نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٢ . ولا نرى فى هذه الحالة محلا لإثارة قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، لأن هذه القاعدة تفترض أن السند قد صدر من غير مالك ، وإنما يجب تطبيق القواعد العامة .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٥ .

تلقى الحق كما هو الأمر فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (١) . وعلى ذلك إذا كان الحائز حسن النية وقت تلقى الحق ، ولكنه أصبح سيء النية عند بدء الحيازة ، فانه لا يعتبر حسن النية ولا يتملك المنقول بالحيازة (٢) . ولما كان يصعب أن نتصور الفرض العكسى ، وهو أن يكون الحائز سيء النية وقت تلقى الحق ثم يصبح حسن النية وقت الحيازة (٣) ، فان الذى يقع عملا هو أن يكون الحائز حسن النية من وقت تلقى الحق إلى وقت بدء الحيازة (٤) . ذلك لأن الحائز إنما يتملك المنقول بمجرد الحيازة ، ولا يشترط أن تدوم الحيازة وقتا ما ، ومن ثم تشدد القانون فى تحديد الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية فجعله وقت بدء الحيازة ، حتى يشمل وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة معاً . أما فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، فان الحائز يجب أن يستمر فى حيازته خمس سنوات حتى يتملك العقار ، فاقتصر القانون فى الوقت الذى

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٣ .

(٢) وقد قضى بأنه يشترط أن يكون المشترى حسن النية فى الوقت الذى يحوز فيه المنقول بالفعل ، لا وقت الشراء ، لأن سند ملكية المشترى ليس هو الشراء بل هى الحيازة ، فيجب توافر حسن النية عند بدء الحيازة (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٩ ٢ص ٣٩٩) — وإذا كان الحائز حسن النية وقت بدء الحيازة ، تملك المنقول ، ولا يهم أن يصبح سيء النية بعد ذلك . فاذا علم بعد لحظة واحدة من حيازته للمنقول أن المتصرف غير مالك له ، فان هذا العلم لا يؤثر فى ملكيته للمنقول بعد أن تملكه بالحيازة (بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧) . وانظر عكس ذلك وأن الحائز يعتبر سيء النية ويكون مسئولا جنائياً فى حكين من محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية (١٨ يونية سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٧ — ١ — ١٩٣ — ٧ يولية سنة ١٩٤٤ Sem. Jur. الأسبوع القضائى ١٩٤٧ II ٣٤١٠) ، وانظر نقداً لهذين الحكين الشاذين فى مازو فقرة ١٥٣٥ ، وانظر أيضاً مارتى ورينو فقرة ٣٩٤ ص ٣٨٥ .

(٣) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٥ .

(٤) وفى فرنسا حيث لا يوجد نص صريح فى تحديد الوقت الذى يجب توافر حسن النية فيه قام خلاف فى الرأى ما بين وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة . أنظر فى هذا الخلاف بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٤ . وانظر فى أن الوقت الذى يعتد به هو وقت بدء الحيازة : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨٠ — ص ٣٨١ — نقض فرنسى ٢١ نوفبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١٧٢ — وانظر فى أن يكون الحائز حسن النية فى وقت تلقى الحق وفى وقت بدء الحيازة بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧ — مارتى ورينو فقرة ٣٩٤ ص ٣٨٥ — نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٩٥٣ Bull. civ. III A .

يجب أن يتوافر فيه حسن النية على وقت تلقى الحق . وينبغى على ما قدمناه أن الموصى له بمنقول ، إذا كانت الوصية صادرة من غير المالك ، يجب حتى يتملك المنقول بالحيازة أن يكون حسن النية وقت تسلمه المنقول الموصى به ، ولا يكفى حسن نيته وقت موت الموصى ، بل ولا وقت قبول الوصية . وإذا حدث أن المنقول كان فى حيازة الحائز قبل صدور السبب الصحيح ، كأن تسلمه بعقد إيجار ثم اشتراه من المؤجر وكان هذا لا يملك المنقول ، أو تسلمه بتصرف قانونى معلق على شرط واقف ثم تحقق الشرط ، وجب أن يتوافر حسن النية وقت الحيازة ، ولكن لا فى وقت بدايتها ، بل فى الوقت الذى اشترى فيه الحائز المنقول أو فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط الواقف .

وحسن النية يفترض دائماً، ما لم يتم الدليل على العكس (م ٩٦٥ مدنى) . وقد طبقت المادة ٣/٩٧٦ مدنى هذا المبدأ تطبيقاً خاصاً فى تملك المنقول بالحيازة، فنصت كما رأينا [١] على ما يأتى : « والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . وعلى ذلك لا يكلف حائز المنقول أن يثبت إلا الحيازة وحدها [٢] ، فاذا ما أثبتها افترض القانون أن هذه الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح [٣] . ويستوى أن يكون الغلط الذى وقع فيه الحائز من أن المتصرف فى المنقول هو المالك له غلطاً فى الواقع أو غلطاً فى القانون ، ففى الحالتين يفترض فى الحائز أنه حسن النية حتى يقيم المالك الحقيقى للمنقول الدليل على العكس [٤] . فاذا ادعى هذا المالك أن الحائز سيء النية وأنه كان يعلم وقت بدء الحيازة أن المتصرف غير مالك ، فعلى المالك يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) استئناف وطنى ٣ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٨٧ ص ٢٧٠ – استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٤ – ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ – ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٧ ص ٦٨٨ .

(٣) نقض مدنى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٤ ورقم ٥ – استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٤ .

طرق الإثبات لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن (١) .
وكثيرا ما يلجأ المالك ، فى إثبات سوء نية الحائز ، إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ الاحتياطات البديهية التى تمليها الظروف الملابسة للتثبت من ملكية المتصرف للمنقول . ويتخذ من ذلك قرينة على أن الحائز كان يعلم ، أو كان ينبغى أن يعلم ، أن المتصرف غير مالك للمنقول ، وأن الغلط الذى وقع فيه فى هذا الشأن كان غلطا غير مغتفر ، مما ينتفى معه حسن النية (٢) .

ب - الآثار التى تترتب على تطبيق القاعدة

٤٤٦ - الأثر المكسب والأثر المسقط : إذا توافرت الشروط الأربعة التى بسطناها فيما تقدم ، فان الحائز للمنقول أو للحق العينى المنقول يصبح مالكا للمنقول أو صاحبا للحق العينى ، وهذا هو الأثر المكسب للقاعدة . وإذا كان المنقول مثقلا بتكاليف أو قيود عينية ، كرهن حيازة أو حق انتفاع ، ووضع الحائز يده على المنقول باعتباره خاليا من هذه التكاليف والقيود ، فانه يتملك المنقول خالصا منها ، إذ هى تسقط أيضا بالحيازة ، وهذا هو الأثر المسقط للقاعدة .

٤٤٧ - الأثر المكسب : وقد رأينا فيما تقدم أن الحائز للمنقول بسبب صحيح وبحسن نيته ، يكسب ملكيته بمجرد الحيازة ومن ثم كانت الحيازة وحدها سببا من أسباب كسب ملكية المنقول ، ولم يكسب الحائز الملكية بالسبب الصحيح لأنه صادر من غير مالك ، وإنما كسبها بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية .

وهذا هو الحكم أيضا فيما إذا وضع الحائز يده على حق عينى فى منقول ، كحق انتفاع أرض رهن حيازة . فالحائز يكسب حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة ، لا بالسبب الصحيح لأنه صادر ممن لا يملك ترتيب هذا الحق ، بل بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٣ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٦ – ١٢ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٣ – ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ – كاربونييه ص ٢٥٥ .

فاذا رفع المالك الحقيقي للمنقول دعوى استحقاق يطالب بموجبها الحائز برد المنقول إليه ، كان للحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق هذه بأنه تملك المنقول بالحيازة ، أو تملك بها حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة . فلا يستطيع المالك أن يسترد المنقول أصلا من الحائز ، أو لا يستطيع أن يسترده إلا مثقلا بحق الانتفاع أو بحق رهن الحيازة لمصلحة الحائز (١) . وهذا بخلاف ما إذا كانت شروط القاعدة لم تتوافر ، فان المالك الحقيقي في هذه الحالة يستطيع أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز غير مثقل بأى حق عينى ، وذلك بموجب دعوى الاستحقاق . ولا يستطيع الحائز أن يرد هذه الدعوى إلا إذا تملك المنقول أو الحق العينى بالتقادم المكسب الطويل ، أى بعد حيازة تدوم خمس عشرة سنة وفقا للقاعدة المقررة فى هذا التقادم (٢) .

ويستطيع الحائز الذى تملك المنقول بالحيازة وفقا للقواعد التى بسطناها فيما تقدم ، ليس فحسب دفع دعوى الاستحقاق التى يرفعها عليه المالك الحقيقى ، بل أيضا دفع دعوى الإبطال أو الفسخ التى يرفعها عليه شخص باع مثلا المنقول لشخص آخر بعقد قابل للإبطال أو للفسخ ، واشترى الحائز هذا المنقول من المشترى ، ثم أبطل البائع الأول البيع أو فسخه ، وطالب الحائز برد المنقول المبيع مستندا إلى الأثر الرجعى للإبطال أو الفسخ . ذلك لأن البائع الأول لما أبطل البيع أو فسخه ، جعل المشترى منه غير مالك للمنقول ، ويكون البيع الصادر من هذا الأخير للحائز صادرا من غير مالك . فتتوافر فى الحائز ، إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب الإبطال أو الفسخ ، شروط تملك المنقول بالحيازة . ومن ثم يستطيع أن يرد دعوى البائع الأول ، فان هذه الدعوى ليست فى الواقع من الأمر ، بعد الإبطال أو الفسخ ، إلا دعوى استحقاق يجوز للحائز ردها إذ أنه تملك المنقول بالحيازة (٣) .

وعلى العكس من ذلك ، لا يحول تملك الحائز للمنقول بالحيازة دون الدعاوى الشخصية الناشئة من عيوب السبب الصحيح . فاذا كان السبب الصحيح أى التصرف القانونى الذى تلقى به الحائز الحيازة من غير المالك ، قابلا للإبطال

---

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٤ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ .

أو للفسخ ، فان غير المالك الذى تصرف فى المنقول لحائز يستطيع أن يرفع هذه الدعاوى الشخصية على الحائز . وإذا كان المالك الحقيقى دائنا لمن تصرف فى المنقول بسبب أن هذا الأخير قد انتزع منه الحيازة أو تصرف فى منقول لا يملكه ، فان المالك الحقيقى يستطيع أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ باسم مدينه ، فيسترد المنقول لهذا المدين ، ثم يسترده منه بدوره بدعوى استحقاق يرفعها عليه (١) .

٤٤٨ - الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المكسب - نظرية التقادم الفورى : بقى أن نعرف على أى أساس قانونى يقوم تملك الحائز للمنقول .

هناك نظرية قديمة تذهب إلى أن الحائز يتملك المنقول بالتقادم ، ولما كان الحائز ليس فى حاجة حتى يتملك المنقول إلى أن تدوم الحيازة وقتا ما ، فان التقادم هنا يكون تقادما فوريا (prescripion instantanée) لا يحتاج إلى مرور الزمن . والقائلون بهذه النظرية من الفقهاء الفرنسيين (٢) تأثروا كثيرا بالمكان الذى وردت فيه المادة ٢٢٧٩ فى التقنين المدنى الفرنسى . فقد ورد هذا النص ضمن النصوص التى عرضت للتقادم وفى الفصل ذاته الذى أورد مدد التقادم ، متدرجا من التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة ، إلى التقادم المكسب القصير ومدته من عشر إلى عشرين سنة ، إلى أنواع أخرى من التقادم تتفاوت مددها من خمس سنوات إلى ستة أشهر ، حتى وصل إلى المادة ٢٢٧٩ وفيها التقادم لا تدوم مدته إلا لحظة واحدة . ويقول هؤلاء الفقهاء إن هذا يتفق مع التطور التاريخى الذى مرت به قاعدة تملك المنقول بالحيازة . فقد كان المنقول فى القانون الرومانى تكسب ملكيته بالتقادم كالعقار ، وانتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم فى بعض عهوده . واقتضى استقرار التعامل فى المنقول إنقاص مدة التقادم فيه شيئا فشيئا ، ثم انتهى الأمر إلى إلغاء المدة بتاتا . ولم تتغير طبيعة نظام تملك المنقول بالغاء المدة ، فلا يزال المنقول يتملكه الحائز بالتقادم وإن أصبحت مدته لحظة واحدة . ولا يزال الحائز

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٠ .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ٦٢٢ - ماركاديه المادة ٢٢٧٩ فقرة ١ - Léger فى النظرية العامة فى التقادم المسقط رسالة سنة ١٨٩٧ ص ٣٢٥ وما بعدها .

كما هو الأمر فى كل تقادم مكسب ، يكسب ملكية ، الشيء ومجرد المالك الحقيقى منها لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل .

وهذه النظرية بادية الضعف ، ولم يعد يقول بها أحد من الفقهاء المحدثين . ذلك أن التقادم معناه مرور الزمن ، والتقادم بغير مرور الزمن لا يكون تقادما ، وعبارة « التقادم الفورى » عبارة ينقض بعضها بعضا إذ أن التقادم ينفى الفورية. والقول بأن الحيازة هنا تدوم لحظة واحدة فيتحقق التقادم قول لا يقوم على أساس ، إذ أن التقادم يقتضى مرور الزمن ، ومرور الزمن لا يتحقق إلا إذا دامت الحيازة وقتا ما ولو كان قصيرا . فأن تدوم الحيازة لحظة واحدة ويقال إن هذا هو مرور الزمن، فمتى إذن تقوم حيازة دون أن يصحبها مرور الزمن ! وأما المكان الذى اختاره التقنين المدنى الفرنسى لتملك المنقول بالحيازة بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، فلا يفيد حتما أن تملك المنقول بالحيازة يقوم على أساس التقادم . فقد يورد المشرع نصا يقوم على أساس معين، ثم يورد إلى جانبه نصا يقوم على أساس مناقض للأساس الأول ، ويكون الجامع بين النصين جامع الضدية لا جامع التماثل . ومنذ كان المنقول ، فى القانون الرومانى وفى بعض عهود القانون الفرنسى القديم ، يملك بحيازة تدوم وقتا معينا ، كان تملكه يقوم على أساس التقادم حقا ، واستمر يقوم على أساس التقادم حتى بعد إنقاص المدة شيئا فشيئا ما دامت هناك مدة ما . فلما ألغيت المدة بتاتا ، لم يعد يجوز القول إن تملك المنقول يقوم على أساس التقادم ، وإنما هو يقوم على أساس الحيازة وحدها مجردة من أية مدة للتقادم . وهذا ما قاله Bourjon نفسه ، وهو الفقيه الذى نقل عنه التقنين المدنى الفرنسى نص المادة ١/٢٢٧٩ ، إذ يقرر فى هذا الصدد : « إن التقادم ليس له أى اعتبار فى شأن المنقول ، إذ أن الحيازة وحدها بالنسبة إلى هذا النوع من المال تنتج كل آثار سند التملك المتكامل »(١) .

٤٤٩ – *نظرية القرينة القانونية غير القابلة للإثبات العكسى :* وأبرز القائلين بهذه النظرية أوبرى ورو وبارتان(٢)، فهم يقولون إن الحيازة بذاتها

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٦ .

(٢) وانظر أيضاً بلانيول الطبعة الثانية فقرة ١١٤٦ – جيوار ٢ فقرة ٨١٨ – فقرة ٨١٩ – هيك ١٤ فقرة ٥٥٥ .

تنشىء على الفور لمصلحة حائز المنقول قرينة على ملكيته للمنقول . وهى قرينة مطلقة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، ويستطيع الحائز بواسطتها أن يرد دعوى الاستحقاق التى ترفع عليه من المالك السابق للمنقول (١) . فالحيازة إذن ، فى هذه النظرية ، لا تكسب بذاتها الملكية للحائز ، ولكنها تفترض أن الحائز يملك المنقول ملكية موجودة من قبل، وليست الحيازة إلا قرينة على وجودها . وهذه القرينة لا يقبل من مدعى الاستحقاق دحضها بإثبات العكس وأنه هو لا الحائز الذى يملك المنقول (٢) . فيقف مدعى الاستحقاق أمام هذه القرينة القاطعة عاجزا لا يستطيع إثبات عكسها ، ومن ثم يخسر دعوى الاستحقاق ، ويحكم عليه برفضها ، ويقضى للحائز بالملكية .

وضعف هذه النظرية ، فى رأينا ، أننا لو أخذنا بأن الحيازة فى المنقول قرينة قاطعة على ملكية الحائز ، فان من المسلم به فى القرائن القاطعة أن من وجدت هذه القرينة القاطعة فى مصلحته له أن ينزل عنها بالإقرار أو بالنكول عن اليمين ، فكل القرائن القاطعة قابلة للنقض بالإقرار أو اليمين . ولم يقل أحد إن لحائز المنقول أن ينزل عما رتبته الحيازة فى مصلحته من كسب ملك المنقول ، بأن يقر أن مدعى الاستحقاق كان هو المالك الحقيقى و أنه إنما تلقى المنقول من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك ، أو بأن ينكل عن اليمين التى توجه إليه فى هذا الشأن . فملكية الحائز للمنقول ملكية باتة مستقرة ، لا تقبل النقض لا بالإقرار ولا باليمين . وهناك فرق بين القرينة القاطعة والقاعدة الموضوعية ، فالقرينة القاطعة هى قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية ، وإذا كانت لا تقبل إثبات العكس فانه يجوز دائما نقضها بالإقرار أو اليمين . أما القاعدة الموضوعية فلا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين ، وهى إذا كانت تبنى كالقرينة القانونية على الكثرة الغالبة من الأحوال ، إلا أن عامل الراجح الغالب الوقوع

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٤ – ص ١٤٧ وتعليق بارتان فى ص ١٤٦ هامش ٣ .

(٢) ومع ذلك فهناك أحكام قديمة لمحكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأن القرينة قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات ، حتى بالقرائن المضادة (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٦١ – ٩ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠ – ١٢ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٣) .

فيها يختنى وراءها فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة من المعلول . فمتى تقررت القاعدة الموضوعية توارت العلة خلفها ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور ، ومن ثم لا تجوز معارضة القاعدة الموضوعية بعلتها فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة ، وهذا هو المعنى المقصود من أن القاعدة الموضوعية لا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين (١). وقاعدة تملك المنقول بالحيازة قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية قاطعة ، إذ هى كما قدمنا لا يمكن نقضها بالإقرار أو اليمين (٢) .

صحيح أن الحيازة فى المنقول قد تقوم قرينة قانونية على ملكية الحائز ، ولكن ليس ذلك فى الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية حين يتلقى الحائز المنقول من غير المالك ويرفع عليه المالك السابق دعوى الاستحقاق وهو الأمر الذى نبحثه هنا (٣)، بل فى الحيازة باعتبارها طريقا للإثبات حين يتلقى الحائز المنقول من المالك ويقع النزاع بينهما فيمن هو المالك . وعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية ، ولكنها مع ذلك لا تكون قرينة قانونية قاطعة ، بل تقبل إثبات

---

(١) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٣٧ .

(٢) وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد ، فى الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام فى الإثبات ، ما يأتى : « فالحيازة فى المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحمى حائز المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يحوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية مالكاً له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعزعها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل فى المنقول ، وتلك اعتبارات عليا يستقل بتقديرها ، ويملك زمامها ، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة ، تارة يكتفى بقرينة قانونية غير قاطعة ، وطورا يجعل القرينة القانونية قاطعة ، وأخرى يرتفع من نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هى قاعدة موضوعية لا تقبل النقض بحال من الأحوال . هذا هو التدرج فى الحماية ، درجة فوق درجة ، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو فى كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانونى الحماية التى تناسبه » (الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧ ص ٦٢٢ – ص ٦٢٣) .

(٣) وكيف يتأتى أن تكون الحيازة قرينة على الملكية فى هذه الحالة ، مع أن الثابت أن الحائز قد تلقى المنقول من غير المالك ، وكيف تقوم الحيازة قرينة على أمر قد ثبت عكسه إذ لا يمكن أن يكون الحائز قد تلقى الملكية من غير المالك (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٨ ص ٣٨٨) .

العكس ، وللمالك أن يثبت مثلا أن حيازة الحائز حيازة عرضية أو أن هذه الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة (١) .

٤٥٠ - نظرية أن الحيازة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون : والنظرية الثالثة ، وهي النظرية الصحيحة في نظرنا ، تذهب إلى أن الحيازة في المنقول ليست تقادما كما تقول النظرية الأولى إذ لا يشترط في الحيازة أن تدوم وقتا ما ، وليست مجرد قرينة ولو قاطعة على سبق وجود الملكية عند الحائز كما تقول النظرية الثانية إذ لو كانت مجرد قرينة لأمكن نقضها بالإقرار أو اليمين . وإنما الحيازة في المنقول هي وحدها ، وبذاتها ، التي تكسب الحائز ملكية المنقول ، فالحيازة تكون على هذا الاعتبار سببا من أسباب كسب الملكية . والقانون هو الذي جعلها كذلك . فالحائز إذا تملك المنقول بالحيازة ، فإنما يكون ذلك بحكم القانون . ومن أجل ذلك يجعل القائلون بهذه النظرية تملك المنقول بالحيازة حالة من حالات التملك بحكم القانون (un cas d,acquisition lege) (٢) . وهي تشبه حالة التملك بالاستيلاء (occupation) ، في أن القانون في كل من الحالتين يجعل الحائز يتملك فورا بالحيازة . ولكنها تخالفها في أن تملك المنقول بالحيازة يفترض أن المنقول كان مملوكا لمالك سابق ، ولذلك تشدد القانون فاشترط أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية (ومصحوبة بالسبب الصحيح في القانون المصري) حتى تنتقل الملكية من المالك السابق إلى الحائز ، في حين أن التملك بالاستيلاء يفترض أن المنقول لم يكن قبل الاستيلاء مملوكا لأحد فيملكه الحائز ابتداء ، ولذلك لم يشترط القانون أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ولا مصحوبة بالسبب الصحيح (٣) .

---

(١) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ٤٣٧ - وانظر في تفنيد نظرية أن الحيازة قرينة قاطعة على الملكية بودري وتيسييه فقرة ٨٢٣ ص ٦٦٤ .

(٢) ولانرى فرقاً بين القول بأن الحيازة هي ذاتها سبب لكسب ملكية المنقول ، والقول بأن الحائز أصبح مالكاً للمنقول بحكم القانون ، إذ القانون هو الذي جعل الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول ، كما جعل العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب مصادر للالتزام . وفي رأينا أن الذين يقولون بأن الحائز أصبح مالكا للمنقول بحكم القانون ، إنما يقصدون القول بأن القانون جعل الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول (قارن مع ذلك مازو فقرة ١٥٤٠) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٧ .

وهذه النظرية هى التى أخذ بها التقنين المدنى المصرى ، كما هو ظاهر من الترتيب الذى اتبعه . فقد عرض لأسباب كسب الملكية فى فصل واحد ، فبدأ بالاستيلاء ، وأعقبه بالميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة ، وختم أسباب كسب الملكية بالحيازة . فجعلها سببا لكسب الملكية ، تارة مصحوبة بالتقادم كما فى التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير ، وطورا بذاتها غير مصحوبة بأى تقادم كما فى تملك المنقول بالحيازة الذى نحن بصدده وتملك الثمار بالقبض – وعلى هذه النظرية أجمع الفقه فى مصر (١) .

وهذه النظرية نفسها هى التى أخذ بها فى فرنسا كثير من الفقهاء القدامى (٢) ثم أخذ بها الفقهاء المحدثون (٣) ، فاستقرت أخيرا فى الفقه الفرنسى . ولا يلقى الفقهاء الذين يأخذون بها بالا إلى المكان الذى وضع فيه التقنين المدنى الفرنسى المادة ٢٢٧٩ بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، إذ ليس مستغربا أن يضع المشرع بين نصوص التقادم قاعدة يستبعد فيها التقادم فالمناسبة واضحة . ويزداد وضوح المناسبة إذا أخذ فى الاعتبار أن المنقول المسروق أو الضائع يمكن استرداده من الحائز حسن النية فى مدة ثلاث سنوات ، فكان لا بد من ذكر القاعدة أولا ثم إيراد هذا الاستثناء عليها . هذا إلى أن هذه النظرية هى التى أخذ بها فقهاء القانون الفرنسى القديم ، ومنهم (Bourjon) ، وعنهم نقل التقنين المدنى الفرنسى نص المادة ٢٢٧٩ ، فيكون قد نقل هذا النص بالأساس القانونى الذى أقامه عليه هؤلاء الفقهاء . فالقانون إذن هو الذى أكسب حائز المنقول الملكية بمجرد الحيازة ، بالرغم من أن هذا الحائز قد تعامل مع غير المالك (٤) ،

---

(١) أنظر شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٢ ص ٥٨٧ – إسماعيل غانم ص ١٣٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٤ ص ٤٣٧ – حسن كيرة ص ١١٣ – وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٩٥ .

(٢) أنظر كوليه دى سانتير ٨ فقرة ٣٨٧ مكررة – لوران ٣٢ فقرة ٥٤٢ – ديرانتون ٢١ فقرة ٩٧ – ترولون فقرة ١٠٥٢ وما بعدها – بفنوار ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٣١ وفقرة ٨٣٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٨ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢١١ .

(٤) وعلى ذلك يصبح الحائز مالكاً دون حاجة إلى التمسك بالقاعدة ، بل حتى لو رفض التمسك بها ، فتقضى له المحكمة بالملكية من تلقاء نفسها . وهذا بخلاف التملك بالتقادم ، حيث يجب التمسك بالتقادم ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وتكون ملكية الحائز للمنقول ملكية غير قابلة للنقض ، حتى لو أصبح سيء النية بعد الحيازة ، كما سبق القول . وإذا أراد أن يرد المنقول إلى مالكه السابق ، فإنما يكون ذلك عن طريق الهبة ، أى بعقد جديد يعيد نقل الملكية من الحائز إلى المالك السابق (أنظر مازو فقرة ١٥٢٨) .

وذلك رعاية لحسن النية وحماية لاستقرار التعامل في المنقول (١) .

٤٥١ – **الأثر المسقط** : وكما أن لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أثراً مكسباً يتمثل في كسب الحائز لملكية المنقول أو للحق العيني على المنقول على الوجه الذي بسطناه ، كذلك لهذه القاعدة أثر مسقط يتمثل في إسقاط التكاليف والقيود العينية التي يكون المنقول مثقلا بها فيتملك الحائز المنقول خالصا من هذه التكاليف والقيود كما سبق القول (٢) .

وعلى ذلك إذا وضع الحائز حسن النية يده على منقول بعد أن اشتراه من غير المالك ، وكان هذا المنقول مرهونا رهن حيازة من المالك الحقيقي للمنقول وخرج من حيازة الدائن المرتهن لسبب ما ، واستولى عليه شخص غير المالك وباعه للحائز حسن النية على ما قدمنا ، فان هذا الحائز لا يكسب بالحيازة ملكية المنقول فحسب ، بل أيضا يكسب هذه الملكية خالصة من رهن الحيازة الذى كانت مثقلة به . فيضيع في هذا الفرض على المالك الحقيقي ملكيته التي كسبها الحائز بالحيازة وهذا هو الأثر المكسب ، وفي الوقت ذاته يضيع على الدائن المرتهن رهنه الحيازى الذى سقط بالحيازة أيضا وهذا هو الأثر المسقط (٣).

---

(١) أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٣٨١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٨ ص ٣٨٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٦ وانظر الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدنى آنفاً فقرة ٤٣٥ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «والحيازة لا تكسب المنقول فحسب ، بل هى أيضاً تزيل التكاليف والقيود العينية التي تثقل المنقول . فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون حيازة ، ملكه في الحال خالصاً من الرهن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(٣) وهنا قد ترتب الأثران المكسب والمسقط معاً . وقد يترتب الأثر المسقط وحده ، فيما إذا تلقى الحائز حسن النية المنقول المرهون من المالك على أنه خال من الرهن ، فيسقط الرهن بفضل الأثر المسقط . ويكون السبب الصحيح هنا تصرفاً صادراً من المالك لم يذكر فيه مايثقل العين من رهن (إسماعيل غانم ص ١٣٨ – ص ١٣٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٦ – حسن كيرة ص ١١٩ – ص ١٢١) – وإذا رهن المالك المنقول ثم اغتصبه أو اختلسه من الدائن المرتهن ، وباعه لمن حازه بحسن نية على أنه خال من الرهن ، فان عمل المالك ينطوى على ضرب من السرقة هو «سرقة الضمان» (vol de gage) . فيستطيع الدائن المرتهن أن يسترد المنقول باعتباره دائناً مرتهناً له رهن حيازة في ظرف ثلاث سنوات من وقت خروج المنقول من حيازته (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٤٧ – إسماعيل غانم ص ١٣٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٥٠ – وانظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٩) .

كذلك إذا كان المنقول قد رتب عليه المالك حق انتفاع ، ثم استولى على المنقول شخص غير المالك وغير صاحب حق الانتفاع وباعه إلى حائز حسن النية ، فان هذا الحائز يتملك المنقول بالحيازة ، ويتملكه خالصا من حق الانتفاع . فيضيع على المالك ملكيته التي كسبها الحائز بالحيازة بفضل الأثر المكسب ، كما يضيع على صاحب حق الانتفاع حقه الذى سقط بالحيازة أيضا بفضل الأثر المسقط .

وإذا كان المنقول عقارا بالتخصيص تابعا لعقار مرهون رهنا رسميا ، ونزعه غير المالك عن العقار وباعه لحائز حسن النية ، فان هذا العقار بالتخصيص يصبح بعد نزعه من العقار منقولا ، ويكسب الحائز بالحيازة ملكيته خالصة من الرهن الرسمى الذى كان مترتبا عليه هو والعقار عند ما كان عقارا بالتخصيص .

وغنى عن البيان أن المفروض ، فى كل الأحوال المتقدمة ، أن الحائز عندما حاز المنقول كان حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول وبالنسبة إلى الحق العينى الذى كان يثقل المنقول . فيكون الحائز قد اشترى المنقول من شخص يعتقد أنه المالك وقت الحيازة ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول . ويكون الحائز فى الوقت ذاته لا يعلم وقت الحيازة أن المنقول مثقل بحق رهن حيازة أو بحق انتفاع أو بحق رهن رسمى على أساس أنه كان عقار بالتخصيص ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى الحق العينى الذى يثقل المنقول .

وكذلك الحكم فيما إذا كان لشخص حق امتياز على منقول ، كحق امتياز المؤجر أو حق امتياز صاحب الفندق ، ونقل المال من العين المؤجرة أو من الفندق على الرغم من معارضة المؤجر أو صاحب الفندق أو على غير علم منه . فان المنقول المثقل بحق الامتياز إذا انتقل إلى حائز حسن النية ، كسب هذا الحائز بملكية المنقول خالصة من حق الامتياز (انظر المادة ١١٤٣/٥ مدنى والمادة ١١٤٤/٢ مدنى [١] .

---

(١) انظر أيضاً ، فيما يتعلق بزوال حق الامتياز بفضل الأثر المسقط ٢ المادة ١١٢٣/١ و٢ مدنى والمادة ١١٤٥/١ مدنى . – وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ .

أما إذا كان هناك منقول منع من التصرف فيه عقد أو وصية (م ٨٢٣ مدنى) ، وباعه غير المالك لحائز حسن النية ، يجهل أن البائع غير مالك ويجهل أن المنقول مثقل بتكليف هو المنع من التصرف ، فان البيع الصادر من غير المالك إلى الحائز يكون باطلا وفقا لأحكام المادة ٨٢٤ مدنى . ولما كان البيع الباطل لا يصلح أن يكون سببا صحيحا فى تملك المنقول بالحيازة . فان الحائز بالرغم من حسن نيته ينقصه السبب الصحيح . ومن ثم لا يتملك هذا المنقول بالحيازة ، لا خالصا من تكليف منع التصرف ولا مثقلا بهذا التكليف (١) .

٤٥٢ — **الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المسقط** : ويقوم الأثر المسقط على نفس الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المكسب . فتسقط التكاليف والقيود العينية بالحيازة وحدها . متى كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشىء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، وذلك بحكم القانون . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدنى ، كما رأينا (٢) على ذلك صراحة إذ تقول : « فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشىء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة منها » .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ذلك لأن لحيازة المنقول أثرين لا أثرا واحدا : أثرا مكسبا وأثرا مسقطا . فبمجرد

---

(١) والقائلون بأن البيع الوارد على خلاف الشرط المانع ليس بباطل يخصون من ذلك بأن البيع يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، ويعملون الأثر المسقط لقاعدة الحيازة ، فتنتقل ملكية المنقول إلى الحائز خالصة من تكليف منع التصرف (عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٧ وفقرة ٧٧ ص ٩٩ – إسماعيل غانم ص ١٣٩ – ص ١٤٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٧ – ص ٤٤٨ – حسن كيرة ص ١٢١) .

وانظر فى إعمال الأثر المسقط قضية باع المالك فيها منقولا وشرط الاحتفاظ بملكيته حتى يوفى إليه ثمنه كاملا وأن له أن يسترده من تحت يد كائن من كان ، ووهب المشترى المنقول لزوجته فتملكته بالحيازة وهى حسنة النية بالرغم من وجود هذا الشرط (نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

توفرها ، تكسب الحائز الملكية . وتسقط التكاليف . ومتى تبين هذان الأثران المتميزان . أصبحنا في غنى عن النظرية الفقهية التي تجعل الحيازة مكسبة لملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هي هي لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا (١) » . وتشير المذكرة الإيضاحية بهذا القول إلى نظرية فقهية تذهب إلى أن الحيازة سبب منشىء لملكية جديدة منبتة الصلة بالملكية القديمة التي كانت للمالك السابق (٢) . وقد سبق أن عارضنا هذه النظرية ، وقلنا في معارضتها ما يأتي : « كذلك التملك بالحيازة . . . يواجه مالكا سابقا ، فينقل ملكيته هي ذاتها إلى الحائز ، ولا ينشىء ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتتأبد في انتقالها . فما دام الشيء مملوكا وكان باقيا لم يهلك ، فان الملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها .. فما دام الشيء باقيا فان الملكية تبقى دائما ، والذي يتبدل هو المالك لا الملكية ... ويستخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سببان ناقلان للملكية فيما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة الملكية جميعا ، سواء كان نقل الملكية فيما بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية . أما الالتصاق والحيازة ، فانهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤ – وانظر في هذا المعنى جمال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب الحقوق ص ٢٥٧ – ص ٢٥٨ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٣٧ – شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ ص ٢٢٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ .

(٢) ومن أنصار هذه النظرية بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ – مازو فقرة ١٥٣٩ .

الملكية ، بل هما ينقلانها ، ولكن دون استخلاف . وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته . فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق » (١) . ونرى من ذلك أن الحيازة لا تنشىء ملكية جديدة كما ذهب القائلون بالنظرية التى نعارضها ، بل هى تنقل نفس الملكية من المالك السابق إلى المالك الجديد . ولكن المالك الجديد فى الحيازة لا يخلف المالك السابق ، ومن ثم تخلص له الملكية خالية من الأعباء والتكاليف السابقة لأنه ليس خلف للمالك السابق . وهذا هو الذى يفسر ماورد فى المذكرة الإيضاحية مما ذكرناه سابقا من أنه « متى تبين هذان الأثران المتميزان الأثر المكسب والأثر المسقط ، أصبحنا فى غنى عن النظرية الفقهية التى تجعل الحيازة مكسبة لملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة. فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هى هى لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا » (٢) .

§ ٢ - المنقولات المسروقة أو الضائعة

٤٥٣ - نص قانونى : تنص المادة ٩٧٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢ فى الهامش .

(٢) لذلك لايخلو من الغرابة أن ينتقد أحد الفقهاء هذه العبارات فيقول : « ومن العسير علينا أن نفهم بالضبط الفكرة القانونية الكامنة وراء هذه العبارات المتناقضة . إذ كيف يكون من الواضح أن الملكية التى انتقلت بحكم الحيازة هى هى لم تتغير ، وهى مع ذلك انتقلت خالصة من التكاليف العينية . ثم كيف يسوغ القول إن الملكية انتقلت بالحيازة ، مع أن الفرض هو أن من تصرف فى المنقول لم يكن مالكاً له حتى يستطيع أن ينقل ملكيته . أليس من القواعد المنطقية المسلمة أن فاقد الشيء لا يعطيه ؟ فكيف يستطيع فاقد الملكية أن ينقلها إلى غيره ؟ » (محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٩ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) . وقد سبق أن أوضحنا أن الذى ينقل الملكية ليس هو التصرف القانونى لأنه صادر من غير مالك ، بل هى الحيازة ذاتها ، وذلك بحكم القانون . ثم إن الحيازة تنقل نفس الملكية من المالك إلى الحائز ولكن دون استخلاف ، وهذا هو الذى يفسر أنها تنتقل غير مقيدة بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق ، لأن الحائز ليس خلفا لهذا المالك .

« ٢ — فاذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه »[١] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٨٦—٨٧/١١٥—١١٦[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م٩٢٨— وفى التقنين المدنى الليبى م٩٨١— وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٦٤[٣].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١٤٢٨ و ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى . وتطابق المادة ١٤٢٨ الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ مدنى كما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد . أما المادة ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى فكانت تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، جاز له أن يطلب الثمن الذى دفعه ممن يسترد هذا الشيء ، وذلك فى ميعاد الثلاث السنوات المنصوص عنها فى المادة السابقة » . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، هى المادة ١٠٥٢ فى المشروع النهائى ، بعد أن عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة على وجه جعلها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٤٩ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٢ — ص ٥١٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م٨٦/١١٥ : يسقط حق الملك فى الشيء المسروق أو الضائع بمضى ثلاث سنين.

م ٨٧/١١٦ : كل من اشترى مسروقاً أو ضائعاً فى السوق العام أو ممن يتجر فى مثل ذلك النوع وهو يعتقد ملكية بائعه له، يكون له الحق فى طلب الثمن الذى دفعه من مالك الشيء الطالب استرداده .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٢٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٨١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٤ : استثناء من أحكام المادة السابقة : يجوز لمالك المنقول، إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح ، فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى من وجهين : (١) جعل التقنين العراقى خيانة الأمانة فى حكم الضياع أو السرقة أو الغصب . أما التقنين المصرى فيجرى القاعدة العامة فى حالة خيانة الأمانة ، بل إن هذه القاعدة لا تجرى عادة إلا فى هذه الحالة . (٢) لم ينص التقنين العراقى على حق الحائز حسن النية ، الذى اشترى المنقول فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله ، فى استرداد الثمن من المالك مع حبس المنقول حتى يستوفى منه هذا الثمن ، وقد نص التقنين المصرى على ذلك) .

ويخلص من هذا النص أن مالك المنقول ، إذا لم يخرج المنقول من حيازته بإرادته حيث تطبق القاعدة العامة فى تملك المنقول بالحيازة وقد سبق تفصيلها ، بل خرج المنقول من حيازته بغير إرادته بأن سرق منه أو ضاع ، يعامل معاملة أفضل لأن المنقول انتزع من حيازته بالرغم منه . فيجوز له ، أولا ، أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه ولم يرده . ويجوز له ، ثانيا ، أن يسترد هذا المنقول أيضا ممن انتقل المنقول إلى حيازته إذا كان هذا الحائز سيء النية . ويجوز له ، أخيرا ، أن يسترد المنقول من حائز حسن النية ولكن فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . ويرجع الحائز حسن النية فى هذه الحالة ، إذا رد المنقول إلى مالكه ، بالضمان على من يجب عليه الضمان . وإذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول فى سوق عمومى أو فى ظروف مشابهة ، فانه يستطيع أن يمتنع عن رد المنقول إلى مالكه حتى يعجل له المالك الثمن الذى دفعه . ويرجع المالك فى هذه الحالة الأخيرة على المسئول بالثمن الذى عجله للحائز .

فهذه جملة من المسائل نعرض لها تباعا على الوجه الآتى : (١) من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع . (٢) استرداد المنقول المسروق أوالضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه . (٣) استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سيء النية . (٤) استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو حسن النية ، والمدة التى يسترد فيها ، ورجوع الحائز حسن النية بالضمان . (٥) متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه . (٦) رجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية .

٤٥٤ - من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع : رأينا [١] أن صدر الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ تنص على أنه « يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ... » . فالمفروض إذن أن هناك منقولا أو سندا لحامله سرق من مالكه أو ضاع منه ، فيكون له الحق

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

فى استرداده . وإذا اطلقنا فيما يلى كلمة « المنقول » ، فانها تشمل أيضا السند لحامله [١] .

والمقصود بالسرقة هنا أن تكون سرقة بالمعنى المحدد لها فى القانون الجنائى ، فلا تدخل خيانة الأمانة ولا النصب [٢] . فمن أودع منقولا له شخصا ائتمنه عليه . وباع المودع عنده هذا المنقول لحائز حسن النية فارتكب بذلك جريمة خيانة الأمانة ، ملك الحائز المنقول وفقا للقاعدة العامة فى تملك المنقول بالحيازة . ولا يجوز للمالك استرداده منه ، كما كان يسترده لو أن المنقول قد سرق منه أو ضاع ، لأن خيانة الأمانة غير السرقة . بل إن خيانة الأمانة هى المجال المألوف لتطبيق القاعدة العامة فى تملك المنقول بالحيازة [٣] . وكما لا تدخل خيانة الأمانة ضمن السرقة ، كذلك لا يدخل النصب كما قدمنا ، فلو نصب شخص على آخر ، وحصل منه على منقول بطريق الاحتيال . ثم باع هذا المنقول لحائز حسن النية ، ملك الحائز المنقول ، ولا يجوز للمالك استرداده منه كما كان يسترده لو أن المنقول سرق أو ضاع [٤] . وفيما يتعلق بالسرقة ،

---

(١) فاذا كان المنقول أوراقاً نقدية billets de banque أو نقوداً معدنية espèces ، وجب أن تتعين ذاتيتها على وجه لا يقبل الشك (نقض فرنسى ٥ ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ – ٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩٠ هامش ٥) .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ – وانظر هامش ٩ فى منشأ الخلاف فى شأن النصب وتغليب الرأى القائل بأن النصب لا يأخذ حكم السرقة بل حكم خيانة الأمانة . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٨ – ص ٢٢٩ – إسماعيل غانم ص ١٣٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٦ ٤–منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩–حسن كيرة ص ١٢٢ .

(٣) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ – ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ – ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣– ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ – ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١ – ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣١ – ٧ يناير سنة ١٩٣٦م ٤٨ ص ٦٩ – وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٧ فقرة ٨٩٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٨٩ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٣–٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ – ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ – ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ – ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ – ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ – ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ – ص ١٥٠ هامش ٨و٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ .

يعتبر المنقول مسروقا حتى لو كان السارق غير معروف . وحتى لو كانت السرقة من السرقات التي يعفى القانون من ارتكبها من العقوبة[(١)]. فلو سرق أحد الزوجين من الزوج الآخر منقولا ، أو سرق المنقول الأصل من أحد فروعه أو الفرع من أحد أصوله . فان السارق يعفى من العقاب ، ولكن المنقول يبقى معتبرا أنه مسروق فى حكم المادة ٩٧٧ مدنى . وينبنى على ذلك أنه لو باع السارق فى هذه الأحوال المنقول لحائز حسن النية . جاز لمالك المنقول أن يسترده من الحائز ، ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن السرقة لاعقاب عليها[(٢)]

ويعتبر المنقول ضائعا ، ليس فحسب عندما يفقده صاحبه باهمال مباشر أو غير مباشر ، بل أيضا ومن باب أولى عندما يخرج من حيازة صاحبه بقوة قاهرة . كأن يكتسحه فيضان أو يضيع فى زحام أو عقب تفتيش أو عند جلاء اضطرارى عن المكان الذى فيه المنقول[(٣)] . وإذا أرسل المنقول إلى عنوان غير صحيح ففقد ، عد ضائعا ، سواء كان ذلك خطأ المرسل أو خطأ أمين النقل [(٤)] .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ – ص ١٥١ – بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٠ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ – ولكن إذا صدر حكم ببراءة المتهم من السرقة ، فان المنقول لا يعتبر مسروقاً (باريس ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣ – ١ – ٦٨٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ هامش ٢ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٦ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ – إسماعيل غانم ص ١٣٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص ٦٩٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٨ – ص ٤٤٩ – حسن كيرة ص ١٢٢ .

(٢) ويلحق بحكم السرقة انتزاع المنقول بالقوة بواسطة قوات مسلحة غير شرعية تابعة لحكومة لم يتم الاعتراف بها دبلوماسيا كحكومة شرعية (السين ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ١٥٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠) .

(٣) أو فى أثناء الحرب (نقض فرنسى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٩ Bull. civil ١٩٤٩ – ٣٦٢ – مازو فقرة ١٥٥٢) – ولكن لا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامح ، ومن يكبح جماح حيوان لم تسر عليه أحكام الأشياء الضائعة ، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر حيواناً ضائعاً النواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فمن يستولى عليها فى فترة انطلاقها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستولى عليها يعد فى حكم السارق (أنظر آنفاً فقرة ١٢ فى آخرها فى الهامش) .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٦ – وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص ٦٩٦ .

والذى يكون له الحق فى استرداد المنقول المسروق أو الضائع على الوجه المتقدم الذكر هو مالك هذا المنقول . وكذلك يسترده من كان له حق فيه ، كالحائز للمنقول حيازة مقرونة بنية التملك ، وصاحب حق الانتفاع فى المنقول ، والمرتهن للمنقول رهن حيازة . بل يستطيع أن يسترده الشخص الذى أودع عنده فالتزم بالمحافظة عليه [١] ، ويكون استرداد المنقول هنا مماثلا لدعوى استرداد حيازة العقار عندما تعطى هذه الدعوى للحائز العرضى [٢] .

٤٥٥ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه : والأصل أن المسترد يسترد المنقول المسروق أو الضائع من أى شخص يكون هذا المنقول فى يده ، ولو كان هذا الشخص حائزا عرضيا ، وعلى الحائز العرضى أن يدخل فى الخصومة من يحوز المنقول لحسابه [٣] . ولا يمنع استرداد المنقول من تحت يد الحائز ، أن يتخلى هذا غشا عن الحيازة لشخص آخر ، ليتوقى بذلك استرداد المنقول من تحت يده [٤] .

فاذا كان المنقول لا يزال باقيا فى يد من سرقه أو من عثر عليه ، جاز استرداده من أى منهما فى أى وقت ، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد ، إلا إذا تملك المنقول السارق أو من عثر عليه بالتقادم المكسب الطويل [٥] . فاذا بقى أى من

---

(١) ولا يطلب من المسترد أن يثبت ملكيته للمنقول المسروق أو الضائع ، بل يكفى أن يثبت أنه كان حائزاً له وقت السرقة أو الضياع ، ويثبت فوق ذلك واقعة السرقة أو الضياع . ويجوز له أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، ويدخل الإثبات بالبينة أو القرائن ، لأنه إنما يثبت وقائع مادية (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٧) . والحكم الجنائى الصادر بالإدانة فى سرقة المنقول له قوة مطلقة ، ويكون دليلا كافياً على واقعة السرقة (مازو فقرة ١٥٥٢) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ - نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ - ١ - ٢٥٣ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ - نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ - نقض فرنسى ٧ فبراير ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ - ١ - ٢٠١ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٤ - ص ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ .

هذين حائزا للمنقول بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة خالية من العيوب ، وبخاصة من عيب الخفاء وهو عيب كثيرا ما يشوب حيازة السارق لأنه هذا يعمد عادة إلى إخفاء الشيء ، فان المنقول يتم تملكه بالتقادم المكسب الطويل ولا يجوز استرداده بعد ذلك .

وفيما يتعلق بالشيء الضائع يجب أن تراعى أحكام الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ الخاص بالأشياء أو الحيوانات الضائعة . وقد عرضنا له عند الكلام فى اللقطة أو الأشياء الضائعة (١) . ويقضى هذا الأمر بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمد فى القرى ، ويسلمه (٢) . فاذا احتفظ به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى . حرم من حقه فى العشر وقضى عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش . وهذا هو جزاء عدم التبليغ فقط . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو وجدت بعد ذلك ، فانه يكون فى حكم السارق . ويستطيع المالك بدعوى الاستحقاق أن يسترد الشيء منه كما يسترده من السارق على ما قدمنا . ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع ، أو حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم (٣) . ولكن يستطيع من عثر على الشيء .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) فاذا لم يطالب به مالكه ، بيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى بواسطة الإدارة ، ويصح تقصير الميعاد الذى يتم بعده البيع إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر الثمن . وتحتفظ الإدارة بباقى الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه فانه يؤول إلى الدولة .

ويستطيع من رسا عليه مزاد المنقول الضائع ، إذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق ، أن يرد هذه الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فاذا لم تنقض هذه المدة ، حق للمالك أن يسترد المنقول الضائع بدعوى الاستحقاق ، على أن يرد لمن رسا عليه المزاد الثمن الذى دفعه هذا لأنه اشترى المنقول فى المزاد . ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقى الثمن الذى أودع لحسابه ، بعد استنزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع . أنظر فى كل ذلك آنفا فقرة ١٢ فى آخرها .

(٣) ولكن يبدو أن من عثر على الشيء الضائع لا يلتزم التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه ، لأن واقعة العثور على المنقول الضائع لا ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة من عثر =

كما يستطيع السارق ، أن يتملك المنقول الضائع بالتقادم المكسب الطويل إذا ظل حائزا له مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها ، كما سبق القول .

٤٥٦ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سيء النية : فاذا تصرف فى المنقول من سرقة أوعثر عليه، وكان المتصرف إليه سيء النية ، أى يعلم أن المتصرف لا يملك المنقول . علم أو لو لم يعلم أن المنقول مسروق أو ضائع ، فان المالك يستطيع أن يسترد المنقول بدعوى الاستحقاق من هذا الحائز سيء النية ، كما كان يسترده ممن سرق المنقول أو ممن عثر عليه فيما قدمنا .

وعلى ذلك يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سيء النية ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد إلا أن يتملك الحائز سيء النية المنقول المسروق أو الضائع بالتقادم المكسب الطويل ، بأن يبقى حائزا له خمس عشرة سنة وتكون الحيازة مستوفية لشرائطها [1] .

وإذا لم يستطع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سيء النية بسبب أن هذا قد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فانه يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض على من سرق المنقول أو على من عثر عليه إذا كانت هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم [2] .

= هذا المنقول بتسليمه إلا إلى الشرطة ، وجزاء هذا الالتزام الغرامة كما قدمنا . وهذا بخلاف السارق ، فانه يلتزم التزاماً شخصياً برد المسروق إلى صاحبه ، وهذا إلى جانب دعوى الاستحقاق التى يستطيع بها المالك أن يسترد المسروق من تحت يده (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٢) . ويذهب رأى آخر إلى من عثر على شيء يلتزم التزاماً شخصياً برده إلى صاحبه ، حتى لو لم يحتفظ به بنية تملكه ، لأن واقعة العثور على الشيء فى ذاتها ترتب فى ذمته هذا الالتزام (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٥ - ٧٠٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٢٨) . ونرى أن واقعة العثور فى ذاتها على المنقول لا ترتب التزاماً شخصياً برده ، ولكن إذا احتفظ بالمنقول من عثر عليه بنية تملكه ، اعتبر فى حكم السارق وارتكب خطأ نحو المالك ، معروفاً كان المالك أو غير معروف ، والتزم من عثر على المنقول ، كما يلتزم السارق ، التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٨ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٤ .

٤٥٨ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو حسن النية. مدة الاسترداد - رجوع الحائز حسن النية بالضمان : بقيت حالة ما إذا كان المنقول المسروق أو الضائع قد تلقاه حائز حسن النية ، وهى الحالة التى عرضت لها المادة ١/٩٧٧ مدنى فيما رأينا [1] إذ تقول : « يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » . وفى هذه الحالة وحدها نخرج عن حدود تطبيق القواعد العامة ولذلك وجب النص كما نرى ، فى حين أنه فى الحالتين الأوليين ، حالة استرداد المنقول ممن سرقه أو ممن عثر عليه وحالة استرداده من حائز سيء النية ، لم نفعل إلا أن طبقنا القواعد العامة . وقد كانت القواعد العامة تقضى ، فى الحالة الأخيرة التى نحن بصددها وهى حالة استرداد المنقول من حائز حسن النية ، بأن المالك لا يجوز له الاسترداد أصلا ، لأن المنقول فى يد حائز حسن النية فتملكه بالحيازة . ولكن القانون هنا وازن بين مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية ، فوجد المصلحة الأولى فى حاجة إلى شيء من الرعاية . فالمالك ، عندما يخرج المنقول من يده باختياره إلى شخص يخون الأمانة فيبيع المنقول لحائز حسن النية ، يكون قد أخطأ فى أنه أخرج المنقول من يده باختياره واضعا ثقته فى شخص خان هذه الثقة ، ومن ثم لا نحمل الحائز حسن النية خطأ المالك ، ونجعل هذا الحائز يتملك المنقول بالحيازة ، ونمنع المالك من استرداد المنقول . أما إذا خرج المنقول من يد المالك على غير إرادته ، بأن سرق منه أو ضاع ، فان المالك لا يكون قد أخطأ ، ولذلك يراعي القانون مصلحته إلى حد معين ، فيجيز له أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز حسن النية [2] . وبذلك يضحى مصلحة هذا

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٢) وفى العمل لا يرفع المالك دعوى استحقاق على الحائز ، لأن بطء الإجراءات فى هذه الدعوى تسمح للحائز باخفاء المنقول . وإنما يلجأ المالك إلى الحجز التحفظى باعتباره مالكاً للمنقول وهو فى يد الغير ، وهذه حالة من الحالات التى يجوز فيها توقيع الحجز التحفظى . وإجراءات الحجز التحفظى سريعة ، وتتخذ عادة دون علم الحائز ؛ فإذا ما وقع الحجز على المنقول أصبح لا يمكن إخفاؤه ، وبعد ذلك ترفع دعوى تثبيت الحجز . وفى هذه الدعوى يثار النزاع من حيث الموضوع ، فتحل فى العمل محل دعوى الاستحقاق. أنظر فى ذلك كاربونيه ص٢٦٥ - ص٢٦٦ .

الأخير ويراعى مصلحة المالك . ولكن يضرب للاسترداد أجلا هو ثلاث سنوات لا يستطيع المالك بعد انقضائها أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز ، وبذلك يضحي مصلحة المالك ويراعى مصلحة الحائز حسن النية [١] . وفى هذا توازن عادل بين المصلحتين المتعارضتين ، مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية .

ويستوى أن يكون الحائز حسن النية قد تلقى المنقول مباشرة ممن سرقه أو ممن عثر عليه ، أو تلقاه من حائز أو حائزين متعاقبين تلقوه من أحد هذين . والمهم أن يكون هو حسن النية ، ولا يهم أن يكون الحائزون المتعاقبون الذين سبقوه حسنى النية أو سيء النية [٢] . ويستوى كذلك أن يكون حائز الحساب نفسه أو حائزا عرضيا لحساب غيره إذا كان هذا الغير حسن النية ، وفى هذه الحالة الأخيرة يدخل الحائز العرضى الحائز الأصيل خصما فى الدعوى [٣] .

والمدة التى يستطيع فيها المالك أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع من الحائز حسن النية هى ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع [٤] . فليس من الضرورى إذن أن يستمر الحائز حسن النية على حيازته للمنقول المسروق أو الضائع مدة ثلاث سنوات ، إذ لسنا هنا فى صدد تقادم مكسب مدته ثلاث سنوات . بل يكفى أن يكون قد انقضى على سرقة المنقول أو ضياعه ثلاث سنوات ليمتنع على المالك الاسترداد ، حتى لو كان الحائز حسن النية لم تستمر حيازته للمنقول غير سنة واحدة أو حتى غير يوم واحد [٥] . وكما

---

(١) نقض جنائى ١٨ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائى ١٢ رقم ٨٧ ص ٤٦٨ – استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٩ – ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٥ – ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ . ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ .

(٢) ولا يجوز رفع دعوى الاستحقاق إلا على الحائز ، أما من تلقى الحائز المنقول منهم فلا يكونون مسئولين إلا عن التعويض إن كان له محل (بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٨) .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٩ – نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥ – ١ – ٤٩.

(٤) المادة ١/٩٧٧ مدنى آنفاً فقرة ٣٥٤ – ومدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التقليدية التى كان مأخوذاً بها فى القانون الفرنسى القديم ، نقلا عن القانون الرومانى (بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٦ ص ٧٠٦) .

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ – نقض فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ – ١ – ٢٠١ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا –

أن مدة الثلاث السنوات ليست مدة تقادم مكسب . كذلك ليست هى مدة تقادم مسقط إذ أن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . بل هى ميعاد سقوط (délai de déchéance) . فهى مدة قد حددها القانون لمالك المنقول المسروق أو الضائع ليرفع فى خلالها دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية . وعلى ذلك تسرى هذه المدة على ناقصى الأهلية والمحجورين . أو حتى لو كان المالك أو ورثته محجورا عليهم لصغر السن أو لغير ذلك من أسباب الحجر ، وتسرى عليهم دون أن توقف أو تنقطع [(١)] . وتسرى من وقت السرقة أو الضياع حتى لو لم يعلم المالك بالسرقة أو الضياع ، وقد تكتمل المدة قبل أن يعلم ذلك فلا تقبل منه دعوى الاستحقاق بالرغم من عدم علمه . ويقع عبء إثبات أن المنقول مسروق أو ضائع على عاتق المالك الذى يطلب استرداد المنقول . فاذا ادعى الحائز حسن النية أن مدة الثلاث السنوات قد انقضت من وقت السرقة أو الضياع فلا يجوز قبول دعوى الاستحقاق بعد انقضائها ، فعلى الحائز عبء إثبات ذلك ، ويثبت تبعا لهذا تاريخ السرقة أو الضياع [(٢)] .

فاذا انقضت مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن

= كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً فان الحائز لا يملكه ، بل تبقى دعوى المالك فى الاسترداد قائمة ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . وليس من الضرورى أن تستمر حيازة المنقول المسروق أو الضائع طول هذه المدة ، فقد يضيع المنقول ولا يحوزه أحد مدة سنتين ، ثم يجده من يبيعه إلى حائز حسن النية ، فيبقى هذا حائزاً سنة واحدة حتى تكمل ثلاث السنوات التى تسقط بها دعوى الاسترداد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٣ هامش ١ – مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ – كاربونييه ص ٢٥٧ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ – شفيق شحاتة فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ – إسماعيل غانم ص ١٣٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ – حسن كيرة ص ١٢٢ – وانظر عكس ذلك وأن مدة الثلاث السنوات هى مدة تقادم مسقط ولكنها تسرى ضد المحجورين ولا توقف ولا تنقطع بودرى وتيسييه فقرة ٨٩١ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٠ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ هامش ١ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤١ – أنظر عكس ذلك وأن المالك يحمل عبء إثبات السرقة أو الضياع وعبء إثبات عدم انقضاء مدة الثلاث السنوات فى الوقت ذاته محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢١ .

يرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية ، فقد أصبحت دعوى الاستحقاق غير مقبولة بعد انقضاء هذه المدة . وعلى ذلك يعود الحائز حسن النية إلى الانتفاع بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فيتملك المنقول المسروق أو الضائع على وجه بات دون أن يكون معرضا لدعوى الاستحقاق [١] . وليس للمالك بعد ذلك أن يرجع بشيء على الحائز حسن النية ، وله أن يرجع بدعوى المسئولية على من تتحقق مسئوليته . فيرجع على السارق أو على من عثر على الشيء الضائع ولم يرده وعلى كل حائز سيء النية تلقى المنقول من أحد هذين ، وذلك كله إذا كانت دعوى المسئولية لم تسقط بالتقادم .

أما إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية فى خلال مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فانه يسترد من هذا الحائز المنقول المسروق أو الضائع [٢] ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج على المالك بأنه تملك المنقول بالحيازة ، ما دام المنقول مسروقا أو ضائعا وما دامت دعوى الاستحقاق قد رفعت على الحائز فى خلال الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع . وكل ما يستطيعه الحائز حسن النية فى هذه الحالة ، بعد أن يرد المنقول إلى المالك ، هو أن يرجع بدعوى الضمان على من تلقى منه المنقول المسروق أو الضائع [٣] . وتسرى القواعد المقررة فى دعوى الضمان ، ويرجع الحائز حسن النية على من تلقى منه المنقول ، سواء كان هذا الأخير سيء النية

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٠ – مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ – كاربونييه ص ٢٥٧ .

(٢) فاذا كان الحائز قد استهلك المنقول دون خطأ من جانبه ، فانه لا يكون مسئولا عن قيمته ولا عن دفع أى تعويض (بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٥) . وهناك رأى يذهب إلى أن الحائز يكون مسئولا طبقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب فقد اغتنى على حساب المالك (لوران ٣٢ فقرة ٥٨٥) . ولكن القانون لم يخول للمالك إلا دعوى الاستحقاق ، ولم يرتب فى ذمة الحائز أى التزام شخصى ، وما دامت دعوى الاستحقاق قد أصبحت مستحيلة باستهلاك المنقول ، وما دام لا يوجد أى خطأ فى جانب الحائز ، فليس للمالك أن يرجع عليه بشيء (بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٥) .

(٣) أنظر المادة ٢٢٧٩/٢ مدنى فرنسى – ويحرم الحائز من الرجوع على بائعه بدعوى الضمان ، إذا تسبب باهماله فى أن يفوت الفرصة على هذا البائع فى أن يرجع بدوره على من يكون مسئولا قبله (بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ص ٢٩٦) .

أو حسن النية ، فاذا كان سيء النية كانت مسئوليته أشد . على أن للحائز حسن النية ، قبل أن يرد المنقول المسروق أو الضائع إلى المالك ، أن يحبس هذا المنقول حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه ، وذلك فى حالة استثنائية ننتقل الآن إليها .

٤٥٨ - متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ مدنى ، كما رأينا [١] ، على ما يأتى : « فاذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » . ويخلص من هذا النص أن الحائز حسن النية إذا وجد فى مركز خاص يجعله جديرا بالرعاية ، بأن يكون حسن نيته مدعوما بملابسات خارجية تجعله يطمئن إلى أنه اشترى المنقول فى ظروف مألوفة تحمل على الاعتقاد بسلامة التعامل ، فان القانون يوليه حماية فعالة ، حتى ضد مالك المنقول المسروق أو الضائع . فيجعل له الحق فى أن يحبس المنقول ، بعد أن يقضى لصالح المالك فى دعوى الاستحقاق باسترداده . فلا يسلمه الحائز للمالك إلا بعد أن يستوفى منه الثمن الذى دفعه فى شراء هذا المنقول [٢] . وبذلك يستوفى حقه قبل أن يسلم المنقول ، وعلى المالك الذى وفى الثمن للحائز أن يرجع به على المسئول [٣] . والظروف الخارجية التى تبرر معاملة الحائز حسن النية هذه المعاملة الخاصة قد ذكرها القانون على سبيل الحصر : وهى أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق أو فى مزاد

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٣ ص ٧١٦ .

(٣) وهذه قاعدة تقليدية ترجع فى أصلها إلى القانون الفرنسى القديم (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ وهامش ٣) . أما مصلحة المالك فى أن يعجل الثمن للحائز قبل أن يسترد المنقول ، فقد تكون رغبته فى استرداد منقوله بالذات ولو بدفع ثمنه ، وقد يكون الثمن الذى يعجله للحائز أقل بكثير من قيمة المنقول كما يحدث فى كثير من الأحيان عندما يبيع السارق المسروق ، هذا إلى أن للمالك حق الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول أو على حائز سيء النية تلقى المنقول من أيهما بالثمن الذى عجله وبالتعويض (كاربونيه ص ٢٥٧) .

علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله . فهذه الظروف قد حملت المشرع على أن يعيد النظر فى الموازنة بين مصلحة الحائز حسن النية ومصلحة المالك ، فيجعل مصلحة الحائز حسن النية ، وقد اشترى المنقول فى ظروف بعيدة عن أية شبهة أو ريبة ، هى المصلحة الراجحة . وذلك إمعانا فى حماية استقرار التعامل فى المنقول[١] .

فيجب إذن أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله . ويعتبر بورصة الأوراق المالية سوقا لشراء السندات لحاملها . وكذلك يعتبر سوقا لشراء هذه السندات دكان الصراف (boutique d'un changeur) إذا باعها الصراف لحائز حسن النية . ولكن الصراف نفسه إذا اشترى السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة فى دكانه لا يعتبر أنه اشتراها فى سوق ، ويجوز للمالك استرداد هذه السندات منه فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يكون ملزما بتعجيل ثمنها له[٢] . ويستوى فى المزاد العلنى أن يكون مزادا إجباريا أو مزادا اختياريا[٣] . كما يستوى أن يكون مزادا قضائيا أو مزادا إداريا . ولا يعتبر المصرف ، إذا باع سندات لحاملها مسروقة أو ضائعة ، ممن يتجر فى مثل هذه الأشياء[٤] ، إلا إذا كانت هذه السندات أذونات على الخزانة العامة[٥] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٢ هامش ١٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ – وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٥ – وكدكان الصراف بنك الرهونات ، فن رهن منقولا مسروقاً أو ضائعاً فى بنك الرهونات لا يكون قد رهنه فى سوق ، ومن ثم لا يجوز للبنك تقاضى مبلغ القرض من المالك المسترد (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥) .

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ .

(٤) ولكن سمسار البورصة يعتبر كذلك ، وقد قضى بأن من يشترى سندات مسروقة من سمسار فى البورصة له أن يطلب استردادا الثمن الذى دفعه (استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٥ – ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٢٣٦ ص ٢١٤) . وانظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٣ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٤ – وإذا اعتقد الحائز حسن النية أنه اشترى المنقول من يتجر فى مثله ، ثم اتضح أن البائع ليس فى الواقع من الأمر من –

فاذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، كان للمالك مع ذلك أن يسترد المنقول بدعوى استحقاق يرفعها على الحائز فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع كما قدمنا ، ولكنه لا يستطيع أن يجبر الحائز على تسليم المنقول إليه إلا إذا عجل له الثمن الذى دفعه . والمقصود بالثمن هنا هو المبلغ الذى دفعه الحائز لشراء المنقول ، فيدخل الثمن الأصلى للمنقول والمصروفات التى أنفقها الحائز فى شرائه ، بل يدخل أيضا وفقا لنص المادة ١/٩٨٠ مدنى المصروفات الضرورية التى انفقها الحائز على المنقول ، وتسرى فى شأن المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية أحكام المادة ٢/٩٨٠و٣ مدنى . ولا يتقاضى الحائز فوائد على هذه المبالغ لأنه انتفع بالمنقول [١] . وواضح من عبارة « يعجل له الثمن الذى دفعه » ، وهى العبارة الواردة فى آخر المادة ٢/٩٧٧ مدنى [٢] . أن الحائز لا يسلم المنقول للمالك إلا إذا استوفى منه الثمن على النحو المتقدم ، أى أن له أن يحبس المنقول فى يده حتى يستوفى الثمن [٣] ، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فى الحق فى الحبس [٤] .

= يتجر فى مثل المنقول المبيع ، فالعبرة بالواقع لا بما اعتقده الحائز . ومن ثم لا يعتبر أنه اشترى المنقول ممن يتجر فى مثله بالرغم من أنه كان يعتقد ذلك ، فيجوز للمالك أن يسترد منه المنقول فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يكون ملزماً بتعجيل الثمن (أنظر هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٣ مكررة – أميان ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ٢ – ٤٦٨) . وقد قضى بأن الحائز الذى اشترى براميل من وكيل مصنع جعة لايبيع إلا الجعة ولايبيعَ هذا الصنف من البراميل ليس له أن يطالب برد الثمن الذى دفعه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٣) فاذا لم يحبس الحائز المنقول وسلمه للمالك ، فانه يفقد ضمان الحبس ، ولكنه لا يفقد الحق فى استيفاء الثمن من المالك (مازو فقرة ١٥٥٧) .

(٤) وغنى عن البيان أنه إذا كان المنقول المسروق أو الضائع من الأموال العامة ، فانه لايقبل التملك بالحيازة . ومن ثم إذا اشترى حائز حسن النية هذا المنقول فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله ، فانه لا يتملكه بالحيازة ، وكذلك لا يستطيع أن يطالب بالثمن الذى دفعه (بودرى وتيسيه فقرة ٩١٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٦ ص ٣٩٤ – ص ٣٩٥) .

ويعامل الدائن المرتهن رهن حيازة لمنقول مسروق أو ضائع معاملة مالك المنقول فى كل ما قدمناه . وقد نصت المادة ١١١٨ مدنى على أن « ١ – الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ – وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ، ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشىء المرهون ... » [1] . وعلى ذلك إذا رهن غير المالك المنقول لمرتهن رهن حيازة حسن النية يعتقد أن الراهن هو مالك المنقول ، فان للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن وأن يحتج به على مالك المنقول . فاذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا ، واسترده المالك فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فانه يسترده خاليا من حق الرهن بالرغم من أن الدائن المرتهن حسن النية . فاذا كان الدائن المرتهن قد ارتهن المنقول من شخص يتعامل فى مثل المنقول . فليس للمالك أن يسترد المنقول خاليا من الرهن إلا بعد أن يعجل للدائن المرتهن الدين الذى له المضمون بالرهن وما يتبع هذا الدين من مصروفات وفوائد ، بعد استنزال ما يقابل المدة الباقية لحلول الدين من الفوائد بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال [2] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٢ – أنظر فى امتياز المؤجر المادة ١١٤٣ ٢ و ٤ مدنى وتنص على ما يأتى : « ٢ – ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة . . . ٤ – وإذ نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً فى الميعاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى » (أنظر فى معنى الفقرة الرابعة المادة ٢/٢٢٨٠ مدنى فرنسى التى أضيفت بقانون ١١ يوليه سنة ١٨٩٢) – وانظر أيضاً نصاً مماثلا فى امتياز صاحب الفندق المادة ٢/١١٤٤ مدنى مصرى .

(٢) محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٥٧ د ٤ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ – أما فى فرنسا فلا يوجد نص مقابل للمادة ١١١٨ مدنى مصرى ، فعمد القضاء الفرنسى إلى تطبيق قاعدة تملك المنقول بالحيازة على المرتهن رهن الحيازة ، ولكنه لا يطبق عليه المادة ٢٢٨٠ مدنى فرنسى المتعلقة بوجوب رد الثمن إذا كان الشراء فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثل ..

٤٥٩ - رجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية : وإذا عجل المالك للحائز حسن النية الثمن على النحو الذى قدمناه ، فانه يرجع بما عجله على سارق المنقول أو على من عثر على المنقول ، وذلك على سبيل التعويض عن الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه هذان الأخيران . وليس له أن يرجع على من تلقى المنقول من سارقه أو ممن عثر عليه ، أو من حائز تال له ، إلا إذا أثبت سوء نيته أو أثبت فى جانبه خطأ ، وذلك وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية . فاذا باع سارق المنقول مثلا المنقول لمشتر سيء النية ، ثم باع المشترى المنقول لحائز حسن النية فى سوق أو فى مزاد علنى أو كان المشترى يتجر فى مثل هذا المنقول ، فان مالك المنقول يجب ، قبل أن يسترد المنقول ، أن يعجل الثمن للحائز حسن النية ، ثم يرجع بما عجله على السارق ، وكذلك يجوز له أن يرجع به على المشترى الأول سيء النية الذى اشترى المنقول من السارق وباعه للحائز حسن النية وقبض منه الثمن [1] وهو لا يرجع على هذا المشترى الأول إلا على أساس الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه بسوء نيته [2] .

وقد يقع أن سارق المنقول مثلا يبيعه لحائز حسن النية فى سوق أو مزاد علنى أو يكون السارق ممن يتجر فى مثل هذا المنقول ، ثم يبيعه الحائز حسن

= المنقول (نقض فرنسى ١١ مايوسنة ١٩٠٨ سيريه ٩٨ - ١ - ٤٨٠) وينتقد الفقه الفرنسى القضاء لأنه وقف فى منتصف الطريق ، فلا هو امتنع عن تطبيق القاعدة على حائز المرتهن رهن حيازة ، ولا هو طبقها عليه تطبيقاً كاملا (أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٨ مكررة وتعليقه فى سيريه ٩٨ - ١ - ٤٨١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٥ - وقارن مازو فقرة ١٥٥٦) .

(١) وهذا ما قصدت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما ذكرت أن المالك يرجع على من قبض الثمن ، فهى تقول : «على أن هذه الدعوى إذا رفعت فى الميعاد ضد حائز اشترى من سوق عمومية أو من مزاد علنى أو من شخص يتجر فى مثل هذا المنقول ، جاز للحائز ألا يرد الشيء حتى يسترد الثمن الذى دفعه ، ويرجع المالك على من قبض هذا الثمن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٤ - ص ٥١٥) .

(٢) فلا يرجع عليه ، لا على أساس أنه وفى عنه دينه للحائز حسن النية فحل محله فيه لأن المشترى سيء النية لا يلتزم نحو الحائز حسن النية برد الثمن ، ولا على أساس أنه يرجع عليه كما كان يرجع عليه الحائز حسن النية إلا إذا كان ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة (أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٧ ص ٥٩٦ - مازو فقرة ١٥٥٨ - نقض فرنسى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ داللوز ٣١ - ١ - ١٢٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٦ جازيت دى باليه ١٩٥٧ - ١ - ١٧٠ - وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٣ ص ٢٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٦٣ ص ٧٠٠) .

النية لمشتر ثان حسن النية أيضا ولكنه لا يشترى فى الظروف التى تسوغ أن يطلب تعجيل الثمن . ففى هذه الحالة يرفع المالك دعوى الاستحقاق على المشترى الثانى . فلا يكون لهذا الأخير أن يطلب تعجيل الثمن إذ ليس له حق فى ذلك . ولكنه إذا أدخل المشترى الأول خصما ضامنا فى الدعوى ، وجب على المالك أن يعجل الثمن لهذا المشترى الأول . ولا يعجل إلا الثمن الذى دفعه المشترى الأول للسارق إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الذى دفعه المشترى الثانى للمشترى الأول [1] . ثم يرجع المالك على السارق بما عجله من الثمن [2] .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٨ .

(٢) هذا وقد صدر فى فرنسا قانون ١٥ يونيه سنة ١٨٧٢ المعدل بقانون ٨ فبراير سنة ١٩٠٢ ، يضع نظاماً خاصاً يحمى مالك السندات لحاملها إذا فقدها أو سرقت منه . فيمتنع تداول هذه السندات ، ويستطيع المالك أن يستردها حتى من الحائز حسن النية دون أن يعجل له الثمن ، ويتمكن من قبض فوائد هذه السندات ومن قبض رأس المال ، بل ومن الحصول على نسخة أخرى من السند بدلا من السند الذى ضاع أو سرق . أنظر فى هذا القانون بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤١١ . ولا يوجد فى مصر تشريع مقابل هذا التشريع ، فتخضع السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة للقواعد العامة التى سبق تفصيلها ، ولأحكام الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والخاص بالأشياء والحيوانات الضائعة (أنظر آنفاً فقرة ٥٥٤) . وانظر استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١ .

وقد صدر أمر عال فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ خاص بالبيوت المالية التى تقرض نقوداً على رهونات (maisons de prêt sur gage) (المعدل بمرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨) . وتقضى المادة الأولى منه بعدم جواز إنشاء بيت مالى لتسليف النقود على رهونات بغير إذن الحكومة ، وتنظم المواد التالية كيف تصدر الرخصة لبيت التسليف وكيف يجرى القرض وميعاده وشروطه وفوائده وكيف يرد وما إلى ذلك . ثم تنص المادة ١٢ على أنه « إذا حصلت المطالبة برد الشىء المرهون بسبب السرقة أو بأى سبب آخر ، وجب على المالك إجراء ما يأتى : أولا - أن يثبت بالطرق القانونية حقه فى الملكية . ثانياً - أن يدفع المبلغ المطلوب من رأس مال وفوائد ، ما لم يكن يعلم المسلف وقت التسليف بأن الشىء المرهون لم يكن ملكاً للسلف أو أنه لم يكن جائزاً للمسلف رهنه » . وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن التصرف فى الشىء المنقول برهنه رهن حيازة لا يجوز إلا من مالك هذا الشىء . فليس إذن للدائن المرتهن لمنقول أن يرهنه باسمه ضماناً لدين عليه . فإن فعل فلا يحتج بالعقد على المالك الحقيقى . غير أنه إن كان هذا المرتهن الأخير حسن النية وقت العقد ، أى معتقداً صحة ملكية من تعاقد معه ، ففى هذه الحالة يكون على المالك الذى يطلب برد ملكه أن يوفى هذا المرتهن بكل المستحق له من الدين المضمون بالرهن . وأما إذا كان سىء النية ، فإن الرهن لا يكسبه من الحقوق قبل مالك الشىء المرهون أكثر مما لمدينه الذى تعاقد معه ، فلا يلزم المالك إلا بأن يؤدى له قيمة الدين المطلوب منه لدائنه هو والذى =

المطلب الثالث

كسب ملكية الثمار

٤٦٠ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٧٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية » .

« ٢ — والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً » .

وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على ما يأتى :

« يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » (١) .

= يخول المرتهن حبس المرهون حتى الوفاء . ولم يعين القانون طريقة لإثبات سوء نية المرتهن المتعاقد مع غير مالك ، بل ترك ذلك للقواعد العامة التى تتيح فى هذه الحالة الإثبات بجميع طرق الإثبات القانونية . تلك هى الأحكام التى تمليها القواعد القانونية العامة بشأن رهن المرتهن الشىء المرهون لديه ، والتى تضمنتها المادة ١٢ من لائحة البيوت المالية للتسليف على رهون (نقض جنائى ٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧١ ص ٥٠٩) . وانظر استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٩٥ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٧٥ – فقرة ٤٧٧ وكتابه فى التأمينات العينية فقرة ٣٥٩ – هذا وهناك مشروع بقانون قدم إلى مجلس الأمة بالغاء بيوت التسليف على رهونات وإحالة أعمالها على بنوك الائتمان وتنظيم عملية تصفية بيوت التسليف الحالية ولا يزال هذا المشروع منظوراً أمام مجلس الأمة .

(١) تاريخ النصوص : م ٩٧٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن صدر الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الثمار ، طبيعية كانت أو استحدثتها يد الإنسان مقبوضة من يوم نقلها ... » . ووافقت لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٥٣ فى المشروع النهائى ، على النص ، بعد تعديل صدر الفقرة الثانية على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٥٠ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٦ – ص ٥١٧) .

م ٩٧٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥١ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٧ – ص ٥١٨) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٠٧/١٤٦ [١] .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٢٩ – ٩٣٠ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٨٢ – ٩٨٣ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٦٥ – ١١٦٦ [٢] .

ونخلص من هذه النصوص أن الحائز يتملك الثمار بقبضها إذا كان حسن النية . أما إذا كان سيء النية فانه لا يتملكها . بل يجب أن يردها للمالك بعد أن يسترد منه ما أنفقه فى إنتاجها . وعلى ذلك نبحث الحالتين الآتيتين : (١) تملك الحائز للثمار . (٢) عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك .

---

(١) التقنين المدنى السابق : م ٢٠٧/١٤٦ : فاذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له ، كان مسئولا عن فقده ، وملزماً بفوائده وريعه . والتقنين المدنى السابق يورد قاعدة تملك الحائز للثمار ، على أهميتها ، بطريقة عرضية محضة ، فى مكان يصعب تصور وجودها فيه ، وعن طريق الاستنتاج العكسى . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وهذه الأحكام الهامة التى يوردها المشروع فى وضوح تام تراها فى التقنين الحالى (السابق) مخفية فى ثنايا النصوص ، تستخلص عن طريق الاستنتاج العكسى فى موضع لا يتصور أن يكون من نطاق وجودها . فالمادة ٢٠٧/١٤٦ ، وهى تستعرض الحكم فيما إذا أخذ شخص شيئاً ليس له وهو يعلم ذلك ، تنص على أنه يكون « مسئولا عن فقده وملزماً بفوائده وريعه » . وقد استخلص من هذا النص أن الحائز إذا كان سيء النية يكون مسئولا عن فوائده والريع ، أى عن الثمار . فيستنتج من مفهوم المخالفة أنه إذا كان حسن النية لا يسأل عن الثمار . ويخلص من كل ذلك أن الحائز حسن النية يملك الثمار بقبضها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) . وقد أقر القضاء هذا الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف وطنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٩٣ – ١٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ – ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ – استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٢٩–٩٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٨٢–٩٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٥ : يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته .

م ١١٦٦ : يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

§ ١ - تملك الحائز للثمار

٤٦١ - المسائل التي نبحث : المفروض هنا أن الحائز لم يتملك أصل العين لا بالتقادم ولا بالحيازة فى المنقول ولا بأى سبب آخر من أسباب كسب الملكية . ويطالبه المالك برد العين التى يحوزها [١]. فنبحث أولا الدعاوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين . ونبحث بعد ذلك . إذا مارد الحائز العين إلى المالك ، ماهى الشروط التى إذا هى توافرت تملك الحائز الثمار فلا يردها مع العين إلى المالك . ثم نبحث كيف يتملك الحائز الثمار إذا توافرت شروط تملكها . ونبحث أخيرا الأساس القانونى لتملك الحائز للثمار .

٤٦٢ - الدعاوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين : الدعوى المألوفة التى يطالب بها المالك الحائز برد العين التى يحوزها هى دعوى الاستحقاق . والمفروض هنا أن الحائز قد استولى على عين غير مملوكة له بنية تملكها ، إما بأن يتلقاها من غير المالك أو بأن يستولى عليها دون سند . أى سواء كان حسن النية أو سىء النية . فان كانت العين منقولا وكان الحائز حسن النية ، فقد رأينا أنه يتملك المنقول بمجرد الحيازة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فلا يكون هناك مجال للمالك لا لاسترداد العين ولا لاسترداد ثمارها [٢] . أما إذا كانت العين عقارا ، أو كانت منقولا ولكن الحائز كان سىء النية ، فان العين تبقى على ملكية مالكها ما لم يتملكها الحائز بالتقادم القصير فى العقار أو بالتقادم الطويل فى كل من العقار والمنقول . فاذا لم يتملكها الحائز بالتقادم ، فان المالك يستردها منه . وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يتملكها الحائز أو لا يتملكها .

(١) أما إذا كان الحائز قد تملك العين بالتقادم ، فان الأثر الرجعى للتقادم يجعله يملك الثمار من وقت بدء الحيازة ، إذ يصبح مالكا من هذا الوقت . ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ، فانه يملك الثمار لا بالحيازة ، ولكن باعتباره مالكاً لأصل العين بأثر رجعى منذ بدء الحيازة (مازو فقرة ١٥٦٦) .

(٢) على أن هناك حالات لا يتملك فيها الحائز المنقول ، ومع ذلك يتملك الثمار بالقبض . من ذلك أن يكون الحائز الأصلى سىء النية ويرثه شخص حسن النية ، ويقبض هذا الثمار وهو حسن النية فيتملكها بالقبض ، ولكنه لا يتملك أصل العين بالحيازة لأن مورثه كان سىء النية . ومن ذلك أيضاً أن يكون الحائز حسن النية ولكن المنقول يكون مسروقاً أو ضائعاً ، فيجوز للمالك أن يسترده فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، ولكنه لا يسترد ما قبضه الحائز وهو حسن النية من الثمار . انظر فى ذلك مازو فقرة ١٥٦٩ .

وليست دعوى الاستحقاق هى الدعوى الوحيدة التى تثار فيها مسألة الثمار ، وإن كانت هى الدعوى المألوفة كما قدمنا . فكثيرا ما تثار مسألة الثمار فى الدعوى الشخصية باسترداد مادفع دون حق ، وتنص المادة ١٨٥ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ — إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم. ٢ — أما إذا كان سىء النية ، فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها ، أو التى قصر فى جنيها ، من الشىء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سىء النية . ٣ — وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى» .

كذلك تثار مسألة الثمار فيما إذا تلقى الحائز من المالك ملكية العين بعقد باطل أو قابل للإبطال أو قابل للنقض للغبن أو قابل للفسخ أو معلق على شرط فاسخ . فاذا ما اتضح بطلان العقد . أو أبطل ، أو نقض للغبن . أو فسخ ، أو تحقق الشرط الفسخ [(١)] . فان العقد لا يكون له وجود بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن . ومن ثم يسترد المالك العين من الحائز . وهنا تثار مسألة الثمار : وهل يتملكها الحائز من وقت أن حاز العين إلى وقت ردها إلى المالك أو لا يتملكها [(٢)] .

ونرى من ذلك أن تملك الثمار يختلف عن تملك العقار بالتقادم القصير وتملك المنقول بالحيازة . فى الحالتين الأخيرتين رأينا الحائز يتلقى العين من غير المالك ، وهو يعتقد بحسن نية أنه يتلقاها من المالك . أما فى الحالة الأولى ، وهى حالة تملك الثمار ، فقد يتلقى الحائز العين من غير المالك ثم يستردها منه المالك مع

---

(١) انظر فى تحقق الشرط الفاسخ بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقره ٢٧٩٨ — بودرى وشوفو فقرة ٣٠٣ (ويستند عدم جواز استرداد الثمار إلى أن قبضها يعد من أعمال الإدارة التى لا تتأثر بالأثر الرجعى للفسخ) . شفيق شحاته فقرة ٨٥ ص ١١١ .

(٢) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٦ — بودرى وشوفو فقرة ٢٩٨ — فقرة ٣٠٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨١ . مارتى ورينو فقرة ٤٤ ص ٥٣ — ص ٥٤ — وقد يرد نص خاص فى حالات معينة ، فتسرى الأحكام التى وردت فى هذا النص (انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٣ ، وبوردون النصوص الآتية فى التقنين المدنى الفرنسى : المواد ٨٥٦ و ٩٢٨ و ٩٥٨ و ٩٦٢ و ١٩٨٢ من هذا التقنين) .

الثمار أو بغيرها ، أو يتلقاها من المالك نفسه بعقد معيب يزول بأثر رجعي فيسترد المالك العين مع الثمار أيضاً أو بغيرها .

٤٦٣ – الشروط الواجب توافرها حتى يتملك الحائز الثمار فلا يردها مع العين إلى المالك : المفروض أن الحائز قد حاز العين بنية تملكها فتوافر في الحيازة عنصراها المادي والمعنوي ، وأن الحيازة خالية من العيوب ، وقد تقدم الكلام في ذلك . وحتى يتمسك الحائز بتملكه الثمار بقبضها ، فلا يردها إلى المالك ، في دعوى من الدعاوى التي يطالب فيها المالك الحائز برد العين والتي تقدم ذكرها ، يجب أن يكون الحائز حسن النية . ولكن ليس من الواجب أن يكون لديه سبب صحيح . وقد رأينا [١] الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ مدني تقول : « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية » . ولم يذكر النص السبب الصحيح شرطاً لتملك الثمار ، كما ذكره في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير [٢] ، وكما ذكره في تملك المنقول بالحيازة [٣] .

ونلاحظ منذ الآن تدرج التقنين المدني المصري في اشتراط السبب الصحيح . فهو يتطلبه شرطاً مستقلاً عن حسن النية ، ويلقي عبء إثباته على الحائز ، في التقادم المكسب القصير . ويتطلبه كذلك شرطاً مستقلاً عن حسن النية ، ولكن يفترضه ويلقي عبء إثبات العكس على المالك ، في تملك المنقول بالحيازة . ولا يتطلبه أصلاً ، ويكتفي بشرط حسن النية ، في تملك الثمار .

ونتكلم الآن في اشتراط حسن النية ، ثم نتكلم في عدم اشتراط السبب الصحيح .

٤٦٤ – اشتراط حسن النية : حسن النية هنا يختلف معناه عن المعنى الذي ذكرناه في التقادم المكسب القصير وفي تملك المنقول بالحيازة . ففي هاتين الحالتين الأخيرتين ذكرنا أن حسن النية هو جهل الحائز بأنه تعامل مع غير المالك ، أما علمه بالعيوب الأخرى التي تشوب السند الذي تلقى به العين من غير المالك فلا يؤثر في حسن نيته . فقد يكون عالماً بأن هذا السند قابل

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) م ٩٦٩ مدني آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٣) م ٩٧٦ مدني آنفاً فقرة ٤٣٥ .

للإبطال أو قابل للنقض ، ومع ذلك يبقى حسن النية ما دام يعتقد أن من تلق منه العين هو المالك لها . أما هنا ، فى تملك الثمار ، فحسن النية معناه جهل الحائز بعيوب سنده جميعا ، أيا كانت هذه العيوب . فقد يكون تعامل مع غير المالك ، فاذا جهل ذلك واعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك ، فهو حسن النية (١) ، إذا لم يكن السند تشوبه عيوب أخرى . فان كانت عيوب أخرى تشوبه ، وجب أن يكون جاهلا لهذه العيوب أيضا حتى يكون حسن النية . وإذا كان قد تعامل مع المالك ، وكان سنده مشوبا بعيب ، كأن كان باطلا أو قابلا للإبطال أو قابلا للنقض ، وجب أن يكون جاهلا بالعيب حتى يكون حسن النية . فحسن النية فى تملك الثمار معناه إذن أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التى أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة ، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكها انتقالا صحيحا باتا ، فأصبح هو المالك للعين ، وتبعا لذلك أصبح مالكا للثمار (٢) .

ولا أهمية للسبب الذى يعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه . فقد يكون هذا السبب تصرفا ناقلا للملكية ، كبيع أو وصية ، صادرا من غير مالك أو صادرا من المالك . وقد يكون السبب واقعة مادية كالميراث ، سواء كان الحائز وارثا فعلا (٣) أو غير وارث ما دام يعتقد أنه وارث . بل قد يكون السبب هو الاستيلاء ، وهو سبب يكسب الملكية ابتداء ولا ينقلها . فاذا استولى شخص على مال اعتقد أنه مباح لا مالك له وأنه قد تملكه بالاستيلاء ،

---

(١) ولا يعتبر الحائز سىء النية حتما لمجرد أن من تعامل معه قد اشترط عليه عدم ضمان الاستحقاق ، لقد يكون حسن النية بالرغم من وجود هذا الشرط (ديمر لومب ٩ فقرة ٦٠٣ — بودرى وشوفو فقرة ٣٠٥ ص٢١٧) . ومن وضع يده على عقار بموجب حكم صدر لصالحه يمكن أن يعتبر وضع يده بنية حسنة حتى فى حالة معارضة واضع اليد المنتزع منه العقار فى تسليمه عند التنفيذ (استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١ ص ١٦٥) .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٧ — ص ٣٧٨ — مازو فقرة ١٥٧٠ — نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٤ سيريه ٦٥ — ١ — ١٨ — ولا ينفى حسن النية أن يعلم الحائز أن السند الذى يتملك بموجبه العين فى حاجة إلى تصديق المحكمة لأنه صادر من وصى على القاصر ، إذا اعتقد أن هذا التصديق سيصدر حتما من المحكمة لأن العقد فى مصلحة القاصر (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ وهامش ١٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٨٦) .

(٣) ولكن عليه أن يرد الثمار التى قبضها مورثه قبله إذا كان المورث سىء النية ، على أن يكون ذلك فى حدود نصيب الوارث فى التركة (شفيق شحاته فقرة ٨٧) . وسيأتى بيان ذلك .

ثم تبين أن المال له مالك ، واسترده المالك من الحائز ، جاز لهذا الأخير أن يتمسك بحسن نيته لتملك الثمار . فالمهم إذن كما قدمنا أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت الثمار بأى سبب من أسباب كسب الملكية . وأن يعتقد أن هذه الملكية لا شائبة فيها . حتى يكون حسن النية فيتملك الثمار بالقبض .

ولما كان المفروض أن الحائز لم يملك العين التي أنتجت الثمار ، فلا بد أن يكون قد وقع فى غلط وهو يعتقد أنه ملكها . ولا بد أن يكون هذا الغلط مغتفرا (excusable) . فالغلط غير المغتفر (inexecusable) ينفى حسن النية . ويستوى أن يكون الغلط غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون [١] ، ما لم يكن الغلط فى القانون متعلقا بمسألة تعتبر من النظام العام . فعند ذلك يكون الغلط غلطا غير مغتفر وينفى حسن النية [٢] .

ويجب أن يتوافر حسن النية على الوجه الذى بيناه فى الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار ، فاذا والى قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية فى كل مرة يقبض الثمار فيها [٣] . وعلى ذلك إذا تلقى الحائز العين من مورثه . وكان المورث سيء النية والوارث حسن النية ، لم يؤثر سوء نية المورث فى حسن نية الوارث . ويتملك الوارث الثمار التي يقبضها بعد موت المورث ، ما دام حسن النية وقت قبضها [٤] . أما الثمار التي قبضها المورث وهو سيء النية ، فهذه

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢١٠ ص ٢١٩ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٨ – ص ٣٧٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٨٦ – اسماعيل غانم ص ١٤١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦١ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٦ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٠ – ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ – ١٢ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٩ – استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٤١ ص ١٦٥ – ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧ ص ٧٩ – شفيق شحاته فقرة ٨٧ ص ١١٢ – محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨ ص ٣٧ – ص ٣٨ .

فاذا قبض الحائز الثمار مرة وهو حسن النية تملكها ، ولا يهم بعد ذلك أن يصبح سيء النية فسوء النية اللاحق لا يؤثر فى تملكه الثمار التي قبضها وهو حسن النية ، وإنما يمنعه من تملك الثمار التي يقبضها بعد ذلك وهو سيء النية (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٣ – مازو فقرة ١٥٧٠ ص ١٢٥٥) .

(٤) محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ .

يجب ردها للمالك . وإذا لم تكن قد ردت فى حياة المورث كانت دينا على التركة ، ولم تخلص التركة للوارث إلا بعد وفاء هذا الدين . وإذا فرضنا العكس وكان المورث حسن النية والوارث سىء النية ، فهنا أيضا لا يؤثر حسن نية المورث فى سوء نية الوارث . ويتملك المورث الثمار التى يكون قد قبضها مادام أنه كان حسن النية وقت قبضها ، ولا يتملك الوارث الثمار التى يقبضها إذ أنه سىء النية [١] .

والمفروض أن الحائز حسن النية حتى يثبت المالك سوء نيته ، إذ أن حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس (م ٩٦٥/٣ مدنى) [٢] . فاذا كان السند الذى تلقى به الحائز العين يشوبه عيب ، لم يكلف الحائز إثبات أنه كان يجهل هذا العيب وقت قبض الثمار ، بل على المالك إذا أراد استرداد الثمار أن يثبت هو أن الحائز كان عالما بالعيب وقت القبض . وإذا قضى للمالك بالثمار ، وجب أن يذكر الحكم صراحة أن الحائز كان سىء النية وقت قبضه إياها [٣] .

---

(٦) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨١ هامش ٢٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٨٧ .

(٧) أنظر عكس ذلك وأن على الحائز أن يثبت حسن نيته بودرى وشوفو فقرة ٣١١ .

(٨) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ – نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ – ١ – ٢٥٤ – ويذهب رأى فى الفقه الفرنسى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ – وانظر أيضاً فى الفقه المصرى شفيق شحاته فقرة ٨٦) إلى أن حسن نية الحائز إذا كان يرجع إلى غلط فى الواقع كان مفترضاً وكلف المالك إثبات سوء نية الحائز ، أما إذا كان حسن النية يرجع إلى غلط فى القانون فان حسن النية لا يفترض ويجب على الحائز أن يثبت هو أنه وقع فى هذا الغلط – ولكن القضاء الفرنسى لم يساير هذا الرأى ، وهو يفترض حسن نية الحائز سواء كان الغلط فى الواقع أو كان فى القانون (نقض فرنسى ١١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ – ١ – ٢٢٥) . ورأى القضاء الفرنسى هو الذى نقف عنده (انظر محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٦) ، إذ لا محل للتمييز فى افتراض حسن النية بين الغلط فى الواقع والغلط فى القانون ، وقد سبق أن استبعدنا هذا التمييز فى حسن النية فى التقادم المكسب القصير (آنفاً فقرة ٤٣٤) ، كما استبعدناه فى حسن النية فى تملك المنقول بالحيازة (آنفاً فقرة ٤٤٥ فى آخرها) . على أن الأمر محدود الأهمية من الناحية العملية ، فالذى يقع فى العمل أن الحائز نفسه هو الذى يبادر إلى إثبات حسن نيته ، سواء كان الغلط فى الواقع أو فى القانون ، ليثبت أن الغلط كان مغتفراً ، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر فى النهاية ما إذا كان الحائز حسن النية (انظر آنفاً فقرة ٤٣٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨) .

وإذا تقدم المالك لإثبات سوء نية الحائز ، جاز له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات . لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن [١] . وقد يلجأ إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ الاحتياطات الأولية للتثبت من أن ملكية العين قد انتقلت إليه ، ويتخذ من ذلك قرينة على أن الغلط الذى وقع فيه الحائز كان غلطا غير مغتفر فيكون فى حكم سىء النية [٢] .

٤٦٥ - عدم اشتراط السبب الصحيح : رأينا أن التقنين المدنى المصرى (م ١/٩٧٨ مدنى) [٣] لم يشترط وجود السبب الصحيح إلى جانب حسن النية حتى يتملك الحائز الثمار . وأن حسن النية وحده يكفى . وعندما حللنا شرط حسن النية [٤] . رأينا أن الحائز يستند عادة فى حسن نيته إلى اعتقاده بوجود سبب قانونى كسب به ملكية العين التى انتجت الثمار ملكية خالصة من كل شائبة . ولكن ذلك ليس معناه أن هذا السبب القانونى يجب أن يكون تصرفا ناقلا للملكية كما هو الأمر فى السبب الصحيح فى كل من التقادم المكسب القصير وتملك المنقول بالحيازة ، إذ قد يكون واقعة مادية كالميراث ، أو يكون سببا يكسب به الحائز الملكية ابتداء كالاستيلاء . كذلك ليس من الضرورى أن يكون هذا السبب القانونى شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، كما يطلب ذلك فى السبب الصحيح فى التقادم المكسب القصير وفى تملك المنقول بحيازة . بل ليس من الضرورى أن يكون هذا السبب القانونى عنصرا من عناصر حسن النية ، كما هو الأمر فى السبب الصحيح الذى يشترطه التقنين المدنى الفرنسى فى تملك الحائز للثمار .

---

(١) وهى من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان الحكم مبنياً على أسباب سائغة . وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها فى شأن هذه الحجج ، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل فى هذا التقدير لدى محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٤٥ فى آخرها .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

ذلك بأن المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى ، عندما تعرف حسن النية فى تملك الحائز للثمار ، تقول : « يكون الحائز حسن النية ، إذا حاز بنية التملك بموجب سند ناقل للملكية ، وكان يجهل عيوب هذا السند . وينتفى حسن نية الحائز بمجرد أن تصبح هذه العيوب معروفة له » . فيشترط التقنين المدنى الفرنسى إذن وجود السبب الصحيح فى تملك الحائز للثمار ، ويعرفه بأنه سند ناقل للملكية . ولكنه لا يعتبر السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، بل يعتبره مندمجا فيه ، وعنصرا جوهريا من عناصره ، وعلى أساسه يقوم المبرر للقول بتوافر شرط حسن النية (١) . وعلى ذلك يجوز أن يكون السبب الصحيح تصرفا باطلا لا وجود له قانونا ، أو تصرفا ظنيا لا وجود له فعلا (٢) . فاذا كان تصرفا ظنيا لم يفترض وجوده ، بل يقع على الحائز عبء إثبات أنه كان عنده من الأسباب المعقولة ما يبرر اعتقاده بوجود هذا التصرف . فيكون هذا استثناء من افتراض حسن النية ، إذ يكون على الحائز إثبات حسن نيته باثبات اعتقاده بوجود التصرف الظنى (٣) .

ومع أن السبب الصحيح الذى يشترطه القانون الفرنسى لتملك الحائز الثمار قد آل على هذا النحو إلى أن يندمج فى شرط حسن النية فلا يتميز عنه بوجود مستقل ، إلا أنه لا زال شرطا يستند إليه الحائز فى توافر حسن نيته ، بل يجب عليه اثباته إذا كان تصرفا ظنيا كما قدمنا . فلا تزال هناك فروق بين القانون المصرى الذى لا يشترط السبب الصحيح أصلا فى تملك الحائز للثمار ، وبين القانون الفرنسى الذى يشترط السبب الصحيح وإن كان قد أدمجه فى شرط

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٣ ص ١٨٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ هامش ١١ وهامش ١٥ – بودرى وشوفو فقرة ٣٠١ وفقرة ٣١٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٤ – فقرة ١٧٥ . فاذا وضع شخص يده على عقار بموجب وصية كان الموصى قد رجع عنها ، فهذا السبب الصحيح ظنى ، وهو يكفى لتملك الثمار ، ولكنه لا يكفى لتملك العقار نفسه بالتقادم القصير (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٦٦ ص ٢٤٨ – استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٢ – شفيق شحاته فقرة ٨٥ ص ١١١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٧٠) .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٠ – بودرى وشوفو فقرة ٣١٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ – شفيق شحاته فقرة ٨٦ ص ١١٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨ ص ٣٧ .

حسن النية . ونذكر بوجه خاص من هذه الفروق فرقين : (١) لا يزال الحائز ، حتى يتملك الثمار فى القانون الفرنسى ، فى حاجة إلى الاستناد إلى تصرف ناقل للملكية (titre translatif de propriété) حتى يوجد عنده السبب الصحيح الذى تشترطه صراحة المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى كما رأينا . أما فى القانون المصرى ، فقد رأينا أن الحائز ليس فى حاجة إلى أن يستند إلى تصرف ناقل للملكية ، فأى سبب مكسب للملكية يكفى . ومن ثم يكفى السبب المكسب للملكية ابتداء كالاستيلاء ، كما يكفى التصرف الكاشف عن الملكية كالقسمة والصلح [١] . (٢) إذا استند الحائز فى القانون الفرنسى إلى تصرف قانونى ظنى ، وجب عليه إثباته كما قدمنا . أما فى القانون المصرى ، فترى أن الحائز لا يطلب منه إثبات السبب الظنى ، فإن حسن نيته مفترض ويتناول هذا الافتراض حسن النية حتى لو استند فيه الحائز إلى تصرف ظنى [٢] .

٤٦٦ - كيف يتملك الحائز الثمار : إذا توافرت الحيازة وحسن النية على الوجه الذى قدمناه ، تملك الحائز الثمار . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٨ مدنى ، كما رأينا [٣] ، على ما يأتى : « والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها : أما الثمار المدينة فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً » . وقد قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط [٤] أن الثمار هى كل ما ينتجه الشىء

---

(١) وينتقد الفقه الفرنسى اشتراط التقنين المدنى الفرنسى أن يكون السند ناقلا للملكية ، وكان ينبغى أن يكون السند الكاشف عن الملكية كالقسمة والصلح كافياً (مازو فقرة ١٥٧٣) .

(٢) ويعتبر سبباً ظنياً ما يستند إليه الوارث الظاهر حسن النية ، فهو يعتقد أنه وارث وهذا سبب لا وجود له ، ومع ذلك يكسب الثمار لحسن نيته . وكذلك من يتلقى بالميراث الحيازة من مستأجر أو مودع عنده أو غيرهما ممن حيازته عرضية ، إذا اعتقد أن مورثه مالك ، لا يستطيع كسب ملكية العين إلا إذا تغيرت صفة حيازته ، ولكنه يمتلك الثمار لحسن نيته (محمد على عرفه فقرة ١٠٥ ص ١٩٨) . ويعتبر سبباً ظنياً كذلك الاستحقاق فى وقف بناء على تفسير خاطىء لشروط إنهاء الوقف ، وقد قضى بأنه إذا تسلم شخص بحسن نية جزءاً من ريع وقف على اعتقاد أنه من المستحقين فيه ، ثم صدر بعد ذلك حكم شرعى فسر شروط الوقف بعكس ما كان يعتقده ناظر الوقف والمستحقون فيه ، كان المستحق الذى استبعده الحكم الشرعى المذكور مستولياً على الريع بحسن نية (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٦ ص ٧٩٣ – استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩١ ص ٢٩٦) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٤) فقرة ٣٦٣ – فقرة ٣٦٤ .

من غلة دورية متجددة ، وتتميز الثمار بأمرين : (١) أنها غلة دورية متجددة ، أى أنها تتجدد عادة فى أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان . ويجب التفريق بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) فالمنتجات هي كل ما يخرجه الشيء من ثمرات غير متجددة ، وتتميز بعكس ما تتميز به الثمار : (١) فهى غير دورية ولا متجددة : بل تخرج من الشيء فى أوقات متقطعة غير منتظمة . (٢) وهى تمس أصل الشيء وتنتقص منه ؛ فالمعادن التى تخرج من المناجم والأحجار التى تخرج من المحاجر والأشجار التى تخرج من الغابات هى فى الأصل منتجات لا ثمار ، لأنها تنتقص من المناجم والمحاجر والغابات ، وتنتهى إلى أن تنفد بعد وقت يطول أو يقصر . على أنه إذا أعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال بحيث يمكن الحصول منها على إيراد دورى متجدد ، فأعد المنجم لاستخراج ما به من معادن والمحجر لقطع ما فى جوفه من أحجار والغابة لخبر ما تحتويه من أشجار ، فان ما ينتج منها فى هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بأصل الشيء . أما إذا لم يعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال ، فان المعادن والأحجار والأشجار تعد منتجات لا ثمارا [١] . وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الثمار لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفد بموت صاحب الإيراد وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة ، أما أقساط الإيراد الدائم فهذه ثمار لا منتجات لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل ، شأنها فى ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . ويعتبر نتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار ، لأنه إذا كان لا ينتقص من الأصل إلا أنه غير دورى [٢] .

---

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٨٩ هامش ٤ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٩٠ – وهناك رأى يذهب إلى أنه من الثمار الطبيعية لا من المنتجات (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ ، وقارن استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٤٩ ص ١٠٣) . والكنز يملكه صاحب الأرض ، فيجب إذن على الحائز رده كله إلى المالك (انظر فى القانون الفرنسى حيث يملك صاحب الأرض نصف الكنز فيجب رده إليه أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٢٨٧ – ص ٢٨٨) .

وبعد أن فرقنا بين الثمار والمنتجات على هذا النحو ، يجب القول بأن الذى يتملكه الحائز بالحيازة هى الثمار لا المنتجات . والثمار على أنواع ثلاثة :

١ — ثمار طبيعية (fruits naturels) ، وهى من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان فيها ، كالكلأ والأعشاب التى تنبت فى الأرض دون عمل الإنسان . وهذه يتملكها الحائز بفصلها من الأرض وحيازتها ، بشرط أن يكون حسن النية وقت الفصل والحيازة كما سبق القول . ولا يشترط أن يستهلكها أو أن ينقلها من مكانها .

٢ — ثمار صناعية أو مستحدثة (fruits industriels) ، وهى التى ينتجها عمل الإنسان ، كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دودة القز . وهذه كالثمار الطبيعية يتملكها الحائز بفصلها وحيازتها وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة [1] . ولا يشترط هنا أيضاً أن يستهلكها ، أو أن ينقلها من مكانها .

٣ — ثمار مدنية (fruits civils) ، وهى الريع الدورى المتجدد الذى يقبضه مستثمر الشىء من الغير لقاء نقل منفعة الشىء إلى هذا الغير ، وذلك كأجور المساكن والأراضى الزراعية [2] ، وفوائد الأسهم والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام ، وما تدفعه مصلحة المناجم والمحاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر . وهذه الثمار المدنية يتملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم تقبض فعلا ، ما دام الحائز باقياً على حسن نيته . فاذا انقطع حسن النية أو انتهت الحيازة ، لم يتملك الحائز منها إلا ما كان مستحقاً يوم انقطاع حسن النية أو انتهاء الحيازة ، فاذا عجل له منها ما يجاوز

---

(١) أما إذا انفصلت لا بفعل الحائز ، بل بفعل الغير أو بقوة قاهرة ، فان الحائز لا يتملكها ، لأن تملك الحائز للثمار يقوم على عمل إرادى صادر منه هو الاستيلاء على الثمار أو حيازتها ، وهذا غير متحقق فيما نحن بصدده (شفيق شحاته فقرة ٨٤ ص ١٠٩) .

(٢) أما نصيب صاحب الأرض فى المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ٢) ، فلا يتملكه الحائز إلا بفصله وحيازته وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة .

هذا اليوم استبقى ما كان مستحقا إلى هذا اليوم ورد الباقى إلى المالك [١] .

٤٦٧ – **الأساس القانونى لتملك الحائز للثمار** : يتملك الحائز الثمار بمجرد قبضه لها على النحو الذى قدمناه ، ويكون سبب الملكية هنا هى الحيازة المقترنة بحسن النية ، وهى حيازة تقع على الشيء الأصلى الذى انتج الثمار ثم على الثمار نفسها بقبضها . فالحيازة هنا أيضا ، كما فى تملك المنقول بالحيازة [٢] ، هى سبب الملكية . ولكن لا يجوز اعتبار قاعدة تملك الحائز للثمار تطبيقا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فالحائز يتملك الثمار لاعتبارات تختلف عن الاعتبارات التى يتملك الحائز من أجلها المنقول ، ثم إن كلا من القاعدتين تختلف عن الأخرى فى نطاق تطبيقها ، وفى شروط هذا التطبيق [٣] .

أما أن الاعتبارات تختلف ، فذلك لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة تقوم على أساس استقرار التعامل فى المنقول كما قدمنا [٤] ، أما قاعدة تملك الحائز للثمار فتقوم على اعتبارات أخرى . ذلك أن الحائز للعين وهو يعتقد أنها ملكه يجنى ثمارها ، وهو يعتقد بداهة أنها مملوكة له . وهو يستهلكها فى العادة ، بل هو يرتب حياته على أنها ملكه حتى قبل أن يستهلكها ، دون أن يخطر فى باله أنه مسئول عن ردها لأحد . وما دام هو حسن النية وقت أن يقبض

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتعتبر الثمار مكسوبة من وقت قبضها إذا كانت غير مدنية ، فان كانت مدنية فنها تكسب يوماً فيوماً ، حتى لو عجلت أو تأخر دفعها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

أما فى القانون الفرنسى ، فلا يتملك الحائز الثمار إلا بقبضها ، تستوى فى ذلك الثمار الطبيعية والثمار الصناعية والثمار المدنية . فما لم يقبض من الثمار المدنية لا يتملكه الحائز ولو كان ميعاد استحقاقه قد حل ، على أن الحائز يعتبر قد قبض الثمار المدنية فيتملكها إذا كان المدين قد أقر بمديونيته نحو الحائز مباشرة أو كان الحائز قد نزل عنها للغير بطريق الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٦ – ص ٣٨٧ وهامش ٢٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٩ – مازو فقرة ١٥٧٧) . وإذا تعجل الحائز قبض الثمار المدنية قبل استحقاقها ، رد ما تعجله منها قبل استحقاقه (كولان كابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٠ .

(٣) انظر عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٣٥٠ – ص ٣٥٧ – شفيق شحاته فقرة ٨٣ – محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٣ هامش ٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٧ – حسن كيرة ص ١١١ – ص ١١٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٣٥ فى آخرها .

الثمار ، وما دام جهله أنها غير مملوكة له يقوم على غلط مغتفر ، فمن العدل أن يتقدم القانون لحمايته ، ويعتبره مالكا لها فعلا ، فلا يكون مسئولا عن ردها. وبين المالك للعين الذى تركها فى أيدى الناس حتى وقعت فى يد حائز حسن النية ومن ثم لا يخلو من اللوم ، وبين الحائز حسن النية الذى لم يرتكب خطأ فى استهلاكه لثمار يعتقد أنها مملوكة له ، الحائز حسن النية الذى لم يرتكب خطأ هو الأولى بالرعاية من المالك للعين الذى يمكن أن ينسب إليه شىء من الخطأ . وقد عرف القانون الرومانى قاعدة تملك الحائز للثمار للاعتبارات التى قدمناها ، دون أن يعرف قاعدة تملك المنقول بالحيازة لأنها مبنية على اعتبارات أخرى لم يأخذ بها [1] .

وأما أن نطاق التطبيق مختلف ، فذلك من وجهين : (١) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة يتناول المنقول كشىء أصلى (chose principale) ، يتملكه الحائز باعتبار أنه هو الأصل لا باعتبار أنه تابع لشىء آخر . أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار فمقصور على الثمار باعتبارها شيئا تابعا (chose accessoire) فالحائز لا يتملك الشىء الأصلى الذى أنتج الثمار ، إنما يتملك توابعه وهى الثمار ، ولا يتملك من التوابع إلا الثمار فلا يتملك المنتجات. لذلك كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، وتتناول الشىء الأصلى بما يشتمل عليه من توابع ، أشد فى شروطها ، من بعض الوجوه ، من قاعدة تملك الحائز للثمار وهى القاعدة التى تقتصر على الشىء التابع دون الشىء الأصلى . (٢) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة ينحصر فى منقول مادى معين بالذات أو حق عينى فى هذا المنقول ، ولا يتناول المجموع من المال ، وقد سبق بيان ذلك [2] . أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار ، فيستوى فيها أن يكون الشىء الذى ينتج الثمار شيئا معينا بالذات أو مجموعا من المال ، فالوارث الظاهر إذا رد إلى الوارث الحقيقى نصيبه فى التركة يتملك الثمار التى جناها من هذا النصيب إذا كان حسن النية [3].

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٧ ص ١٠٠٣ – مازو فقرة ١٥٦٨ – مارتى ورينو فقرة ٤٤ ص ٥١ – ص ٥٢

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ – فقرة ٤٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ – نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ – ١ – ٤٢٣ – ١٠ يوليه سنة ١٩٦٦ داللوز ٦٦ – ١ – ٣١٥ .

وأما أن الشروط تختلف ، فيظهر ذلك إذا قارنا شروط تملك المنقول بالحيازة بشروط تملك الحائز للثمار فى القانون المصرى ، فتجد أن هناك فروقا بين القاعدتين أهمها ما يأتى : (١) فى تملك المنقول بالحيازة ، يشترط وجود السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، وإن كان يفترض وجوده. أما فى تملك الحائز للثمار ، فلا يشترط وجود السبب الصحيح أصلا ، ولو كعنصر من عناصر حسن النية . (٢) فى تملك المنقول بالحيازة ، المفروض دائما أن الحائز قد تعامل مع غير المالك . أما فى تملك الحائز للثمار ، فقد يتعامل الحائز مع غير المالك أو مع المالك . (٣) فى تملك المنقول بالحيازة ، حسن النية معناه أن الحائز يعتقد أنه تعامل مع المالك ، فى حين أنه يكون قد تعامل مع غير المالك. أما فى تملك الحائز للثمار ، فحسن النية معناه أن يجهل الحائز عيوب سنده ولو تعامل مع المالك ، فيعتقد أن ملكية العين قد خلصت له دون شائبة . (٤) فى تملك المنقول بالحيازة ، يكفى أن يتوافر حسن النية وقت بدء الحيازة ، فيتملك الحائز المنقول فى الحال ، وينتقل المنقول إلى وارثه حتى لو كان هذا سيء النية . أما فى تملك الحائز للثمار ، فيجب أن يتوافر حسن النية وقت القبض فى كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار ، ولا يكفى أن يكون حسن النية فى الثمار التى يقبضها أولا إذا انقطع حسن نيته فيما يقبض بعد ذلك من ثمار ، بحيث أن المورث لو كان حسن النية وتملك الثمار بالقبض فان الوارث لا يتملكها إذا كان سيء النية [1] .

§ ٢ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك

٤٦٨ - **متى لا يتملك الحائز الثمار** : قدمنا أن الحائز لا يتملك الثمار إلا إذا كان حسن النية وقت قبضها ، وعلى ذلك لا يتملكها فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان سيء النية منذ البداية . (٢) إذا كان حسن النية فى أول الأمر ، ثم أصبح سيء النية بعد ذلك . (٣) منذ أن يرفع عليه المالك الدعوى بالاسترداد حتى لو ظل حسن النية بعد رفع الدعوى .

---

(١) انظر فى هذه الفروق فى القانون الفرنسى بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٨ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٧ .

٤٦٩ – الحالة الأولى – الحائز سيء النية منذ البداية : إذا كان الحائز ، وهو يضع يده على العين التي تنتج الثمار ، سيء النية منذ البداية ، كأن ورثها وهو يعلم أنها غير مملوكة لمورثه ، أو أخذها بوصية يعلم أن الموصي قد عدل عنها [١]، أو اغتصبها ، أو اشتراها من غير مالك وهو يعلم أن البائع لا يملكها ، أو اشتراها من مالك بعقد مشوب بعيب وهو يعلم هذا العيب ، فانه لا يتملك الثمار بالحيازة ما دام أنه سيء النية . فاذا رفع المالك دعوى على الحائز سيء النية يسترد بها العين ، فانه يستردها ويسترد معها جميع الثمار التي قبضها الحائز أو التي قصر في قبضها على ما سنرى [٢] .

ولا يمتنع على المالك أن يسترد من الحائز سيء النية ثمار العين إلا في أحد الفروض الآتية : (١) إذا تملك الحائز سيء النية العين بالتقادم الطويل ، فانه يكسب تبعاً لملكية العين ملكية ثمارها ، حتى الثمار التي لم يمض على قبضها مدة خمس عشرة سنة ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتملك بالتقادم [٣] . (٢) إذا تملك الحائز سيء النية الثمار بالتقادم الطويل ، استقلالا عن أصل العين . فقد لا يتملك الحائز العين نفسها لسبب أو لآخر ، كأن يتخلى عن حيازتها أو تنتزع منه قبل أن تكتمل مدة التقادم ، ومع ذلك يكون قد قبض ثمارها ويبقى حائزاً للثمار مدة خمس عشرة سنة . فيتملكها بالتقادم الطويل استقلالا عن العين ، ويمتنع على المالك استردادها . (٣) إذا سقطت دعوى استرداد الثمار بالتقادم المسقط ، فقد تمضي على استحقاق الثمار في ذمة الحائز مدة خمس عشرة سنة دون أن يتملكها بالتقادم المكسب ، فتسقط دعوى استردادها بالتقادم المسقط .

---

(١) أو أخذها بوصية باطلة وهو يعلم بطلانها (استئناف مصر ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ ص ٥٢٠) .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٤٧٢ .

(٣) وقد قدمنا (آنفاً فقرة ٤١٥) أن الحائز الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك ، حتى لو لم يكن قد تملكها استقلالا بالقبض أو بالتقادم . فاذا قبض الحائز سيء النية الثمار ، فانه لا يتملكها بالقبض لسوء نيته ، ولا يتملكها بالتقادم استقلالا إذا لم يمض على قبضه إياها خمس عشرة سنة . ولكن إذا تملك العين ذاتها بالتقادم فانه لا يرد الثمار للمالك ، فقد اعتبر مالكاً للعين وقت سريان التقادم ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار ، ومن ثم يملك الثمار باعتباره مالكاً لأصل العين التي أنتجها .

وتنص المادة ٢/٣٧٥ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سىء النية . . إلا بانقضاء خمس عشرة سنة »[١] .

٤٧٠ – الحالة الثانية – الحائز حسن النية فى أول الأمر ثم أصبح سىء النية بعد ذلك : رأينا [٢] أن المادة ٩٧٩ مدنى تنص على أن يكون الحائز سىء النية مسئولا من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ... » . فقد يبدأ الحائز حيازته للعين وهو حسن النية ، ثم يعلم بعد مدة ما أن العين لم تخلص له ملكيتها ، فينقلب إلى حائز سىء النية . وقد يبقى على حسن نيته إلى أن يموت ، ويرث العين وارث يعلم أنها غير مملوكة لمورثه فيكون الوارث سىء النية . ولما كان حسن النية فى تملك الحائز للثمار مطلوبا توافره وقت قبض الحائز للثمار وفى كل مرة يقبض فيها هذه الثمار [٣] ، فانه متى أصبح سىء النية على الوجه الذى قدمناه لا يستطيع أن يتملك الثمار بالحيازة من وقت أن يصبح سىء النية [٤] . والمفروض أن الحائز حسن النية وأنه يبقى مستمرا فى حسن نيته ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز قد أصبح سىء النية فى وقت معين ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأن سوء النية واقعة مادية .

وإذا أثبت المالك أن الحائز قد أصبح سىء النية فى وقت معين ، فان الثمار التى يكون قد قبضها وهو حسن النية يملكها بالحيازة ولا يردها إلى المالك . أما الثمار التى قبضها أو قصر فى قبضها من الوقت الذى أصبح فيه سىء النية ، فانه لا يتملكها بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك . وتسرى ، منذ الوقت الذى أصبح فيه الحائز سىء النية ، الأحكام التى قدمناها فى الحالة الأولى عندما يكون الحائز سىء النية منذ البداية . فيسترد المالك العين مع جميع الثمار التى قبضها الحائز أو قصر فى قبضها منذ أن أصبح سىء النية . ولا يمتنع على المالك أن يسترد هذه الثمار إلا فى أحد الفروض الثلاثة التى سبق بيانها فى الحالة الأولى[٥] .

---

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٠٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ .

٤٧١ – الحالة الثالثة – الحائز باق على حسن نيته وإن كان المالك رفع عليه الدعوى : وليست هذه الحالة الثالثة مصرحا بها فى المادة ٩٧٩ مدنى [١] ؛ ولكن يجب أن تستكمل هذه المادة بنصين آخرين وردت فيهما هذه الحالة بالذات . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى ، ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . وتنص المادة ١٨٥ مدنى على أنه « ١ – إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم إلا برد ما تسلم . ٢ – أما إذا كان سيء النية ، فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها ، أو التى قصر فى جنيها ، من الشيء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية . ٣ – وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى » .

والدعوى التى يرفعها المالك على الحائز حسن النية ، فيجعله برفعها سيء النية ، تتنوع بحسب الأحوال . ويغلب أن تكون دعوى استحقاق يطالب فيها المالك الحائز بالعين وثمارها ، ويصح أن تكون دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ مدنى السابق ذكرها) ، كما يصح أن تكون دعوى استرداد الثمار مستقلة عن العين نفسها ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى [٢] . وأيا كانت هذه الدعوى ، فان رفعها على الحائز حسن النية يجعله فى حكم الحائز سيءالنية من وقت رفع الدعوى . ومعنى ذلك أنه لا يتملك الثمار من ذلك الوقت ، ويجب عليه ردها للمالك فيما لو كسب هذا الأخير الدعوى . وكذلك يكون الحكم حتى لو لم ترفع دعوى على الحائز حسن النية ولكن الحائز يكون قد اغتصب الحيازة بالإكراه ، فيعامل معاملة الحائز سيء النية ، ولا يتملك الثمار بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك فيما لو تبين أنه هو غير مالك للعين .

والمفروض هنا أن الحائز حسن النية ، عندمارفعت عليه الدعوى أو عندما اغتصب الحيازة بالإكراه ، بقى على حسن نيته يعتقد أنه يملك العين بالرغم من رفع الدعوى عليه أو بالرغم من أنه اغتصب الحيازة بالإكراه ، وبالرغم من

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) انظر فقرة ٤٧٣ .

بقائه على حسن نيته فانه يعامل معاملة الحائز سيء النية فلا يتملك الثمار . ولو أنه تبين من رفع الدعوى عليه أنه لا يملك العين ، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الثانية ، ولكان الحائز بعد حسن نيته قد أصبح سيء النية ، ولما كان هناك محل لتمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الثانية . أو لو أن الحائز عندما اغتصب الحيازة بالإكراه كان يعلم أنه غير مالك للعين فاغتصب حيازتها ، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الأولى ، ولكان الحائز سيء النية منذ البداية ، ولما كان هناك محل لتمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الأولى .

فالمفروض إذن كما قدمنا أن الحائز بقى على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه ، أو كان حسن النية عندما اغتصب الحيازة بالإكراه يعتقد أن العين مملوكة له وأراد أن ينتصف لنفسه بنفسه . فاذا كان اعتقاده بأنه هو المالك للعين صحيحا ، كسب دعواه ، واستبقى العين وثمارها . ولم يعد هناك محل لإثارة اعتباره سيء النية لمنعه من تملك الثمار ، فقد تبين أنه يملك الثمار لا بالحيازة بل لأنه يملك العين نفسها التي أنتجت هذه الثمار . أما إذا كان اعتقاده بأنه هو المالك غير صحيح ، فانه يجب عليه أن يرد العين للمالك ، وأن يرد له الثمار من وقت رفع الدعوى ، على أساس أن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى . فالحكم عليه برد العين يستند إلى هذا الوقت ، ولهذا يرد الثمار من وقت رفع الدعوى بالرغم من أنه بقى حسن النية بعد رفعها (١) . ويرد للمالك الثمار من

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤ هامش ٢٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠ ص ١٩٠ – ويرد الحائز الثمار من وقت رفع الدعوى عليه فى أول درجة ، حتى لو كسب الدعوى ابتدائياً واستئنافياً ولكن نقض الحكم بعد ذلك أو قبل فيه التماس إعادة النظر (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحائز يعد سيء النية من الوقت الذى علم فيه بعيوب سند حيازته . وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه فى خصوص استحقاق الثمار ، لأن الحكم الذى يصدر فيها يستند إلى تاريخ رفعها (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ أرقام ١٢ و ١٣ و ١٤–٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٦ ص ٢٠٩ – استئناف وطنى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ – ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٠ ص ٢٧) . وقضى بأن من يتصرف له المفلس فى مال التفليسة يصبح سيء النية ويجب عليه رد الثمار من الوقت الذى يطالب فيه السنديك برد المال إلى التفليسة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٧) .

وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه ، لأنه ما كان ينبغي أن ينتصف لنفسه بنفسه بل كان عليه أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداد ما يعتقد أنه يملكه ، والآن وقد تبين أنه غير مالك للعين لم يجز أن يتملك الثمار بحيازة كان الإكراه منشأها ولو كانت مقترنة بحسن النية . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

٤٧٢ - الثمار التي يجب ردها للمالك : وتنص المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٢) ، على أن « يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٣٦ - وقد كانت بعض الأحكام في عهد التقنين المدني السابق تقضي بتملك الحائز للثمار حتى بعد رفع الدعوى ، ما دام باقياً على حسن نيته (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) . ومنها ما اعتبر الحائز سيء النية من وقت الإنذار وقبل إعلان صحيفة الدعوى (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٨٤) . ولكن أغلب الأحكام اعتبرت الحائز سيء النية من وقت رفع الدعوى (استئناف وطني ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ ص ٨٣ - استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ ص ٧٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ ص ١٣٠ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥ - استئناف مختلط ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٠٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ص ٣٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٢ - ٣ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٤ - ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ - ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ - ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٥ - أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٨٨ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٧ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٨ ص ٣٨) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد إلى أن العيب الذي يلحق وضع يده ليس مقصوراً على الجزء المرفوعة به الدعوى ، بل إن العيب شامل لجميع العين الذي وضع يده عليها ، كما إذا رفعت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو هو بالنسبة إلى باقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة ، وعلم واضع اليد بالعيب الذي يلحق وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ، ويجعله مسئولا عن ثمرة العين من تاريخ هذا العلم (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ ص ٢٢٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه . يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . ويخلص من هذا النص أنه فى الأحوال التى يجب فيها على الحائز رد الثمار إلى المالك ، يلزم الحائز برد الثمار التى قبضها والتى قصر فى قبضها . ومن جهة أخرى يجوز له أن يسترد من المالك ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار .

فالحائز يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التى قبضها وهذه يردها عينا إذا كانت لا تزال موجودة فى يده ، أو يرد قيمتها وقت قبضها إذا كان قد استهلكها . ويجوز أيضا أن يلزم بدفع فوائد قيمة الثمار بالسعر القانونى من وقت قبضها إلى وقت رد القيمة إلى المالك ، وذلك على سبيل التعويض [١] . ويلتزم الحائز فوق ذلك بأن يرد إلى المالك قيمة الثمار التى قصر فى قبضها ، أى الثمار التى كان يجنيها المالك لو أن العين كانت فى حيازته ، ويقدر قاضى الموضوع قيمة هذه الثمار . وكذلك يلتزم بدفع فوائد هذه القيمة على الوجه الذى سبق ذكره . وعلى ذلك يلتزم الحائز بأن يرد للمالك قيمة الثمار التى جناها من تلقى الحيازة من الحائز ، سواء كان هذا قد جناها بسوء نية أو بحسن نية [٢] .

وإذا كان الحائز سيء النية يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التى قبضها أو قصر فى قبضها على الوجه السالف الذكر ، فان المالك من جهة أخرى يلتزم بأن يرد للحائز المصروفات التى أنفقها هذا فى إنتاج هذه الثمار [٣] ، ويشمل ذلك أجر العمل وقيمة البذر ونفقات الأعمال التى قام بها الحائز للحصول على هذه الثمار . كذلك يرد المالك للحائز مصروفات الصيانة ، والتكاليف التى تثقل الثمار من ضرائب ورسوم وغيرها . فالحائز إذن لا يرد للمالك إلا القيمة الصافية للثمار بعد استنزال المصروفات والتكاليف ، وإلا أثرى المالك على حساب الحائز [٤] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ – شفيق شحاته فقرة ٨٢ ص ١٠٥ هامش ١ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٧ ص ٢٣٢ – ص ٢٣٣ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا أصبح الحائز سيء النية ، وجب عليه رد الثمار بعد استرداد نفقات إنتاجها ، من وقت أن أصبح سيء النية . وقد تقدم أنه يصبح سيء النية حتما من وقت رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٣٢٧ ص ٢٣٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ ص ٣٦٢ – محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٣ ص ١٩٣ .

٤٧٣ - كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سيء النية : والمالك يسترد الثمار من الحائز سيء النية إما مع العين التي انتجت هذه الثمار وهذا هو الغالب ، أو مستقلة عن هذه العين .

فيسترد الثمار مع العين بأن يرفع في العادة دعوى استحقاق يطالب الحائز فيها بالعين مع ثمارها . ودعوى الاستحقاق هذه لا تسقط بالتقادم ، فللمالك أن يرفعها على الحائز في أي وقت ليسترد بها العين والثمار . ولو بعد انقضاء خمس عشرة من خروج العين من حيازة المالك . وذلك ما لم يكن الحائز قد تملك العين بالتقادم الطويل ، فعند ذلك لا يستطيع المالك أن يسترد العين ولا ثمارها [١] . وقد يكون المالك سلم العين للحائز معتقدا أنها ملك هذا الأخير . ويتبين بعد ذلك أن العين غير مملوكة للحائز . فيجوز في هذاالفرض أن يسترد المالك العين من الحائز بدعوى شخصية هي دعوى استرداد غير المستحق . فاذا كان الحائز قد تسلم العين وهو حسن النية معتقدا أنه يملكها ، لم يلتزم أن يرد للمالك الا العين وحدها دون الثمار ، لأنه يكون قد تملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية (م ١٨٥ /١ مدنى) . أما إذا كان الحائز سيء النية . فانه يلتزم أن يرد للمالك العين والثمار . لأنه لم يتملك الثمار إذ هو سيء النية (م ١٨٥ /٢ مدنى) . ويلتزم الحائز على كل حال ، ولو كان حسن النية ، برد الثمار من يوم أن يرفع عليه المالك دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ /٣ مدنى) ، وقد سبق ذكر ذلك [٢] . وتسقط بالتقادم الدعوى الشخصية باسترداد غير المستحق ، من عين وثمار ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المالك بحقه فى الاسترداد ، وتسقط الدعوى فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم أن يسلم المالك العين للحائز (م ١٨٧ مدنى) .

ويسترد المالك من الحائز سيء النية الثمار مستقلة عن العين ، إذا خرجت العين من حيازة الحائز وبقيت الثمار فى يده . فعند ذلك يستطيع المالك أن يسترد هذه الثمار عينا من الحائز بدعوى استحقاق لأنه هو المالك للثمار ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٦٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٧١ .

ولا تسقط دعوى الاستحقاق هذه بالتقادم . ولكن يجوز للحائز أن يتملك الثمار بالتقادم المكسب الطويل إذا بقى حائزا لها مدة خمس عشرة سنة ، وعند ذلك لا يستطيع المالك أن يستردها . وإذا كان الحائز قد استهلك الثمار ، أو كانت الثمار تتمثل فى مبلغ من النقود هو ريع العين ، فانها تصبح دينا فى ذمة الحائز للمالك . فيجوز للمالك أن يطالب الحائز بهذا الدين ، مع العين إذا كانت باقية فى يد الحائز أو بدونها إذا خرجت من يده . ولا تعتبر الثمار إذا أصبحت دينا فى ذمة الحائز حقا دوريا متجددا كالأجرة يسقط بخمس سنوات ، بل لا يسقط هذا الدين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه بالتقادم المسقط . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدنى صراحة على ذلك ، إذ تقول : « ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سىء النية ... إلا بانقضاء خمس عشرة سنة »[1] .

---

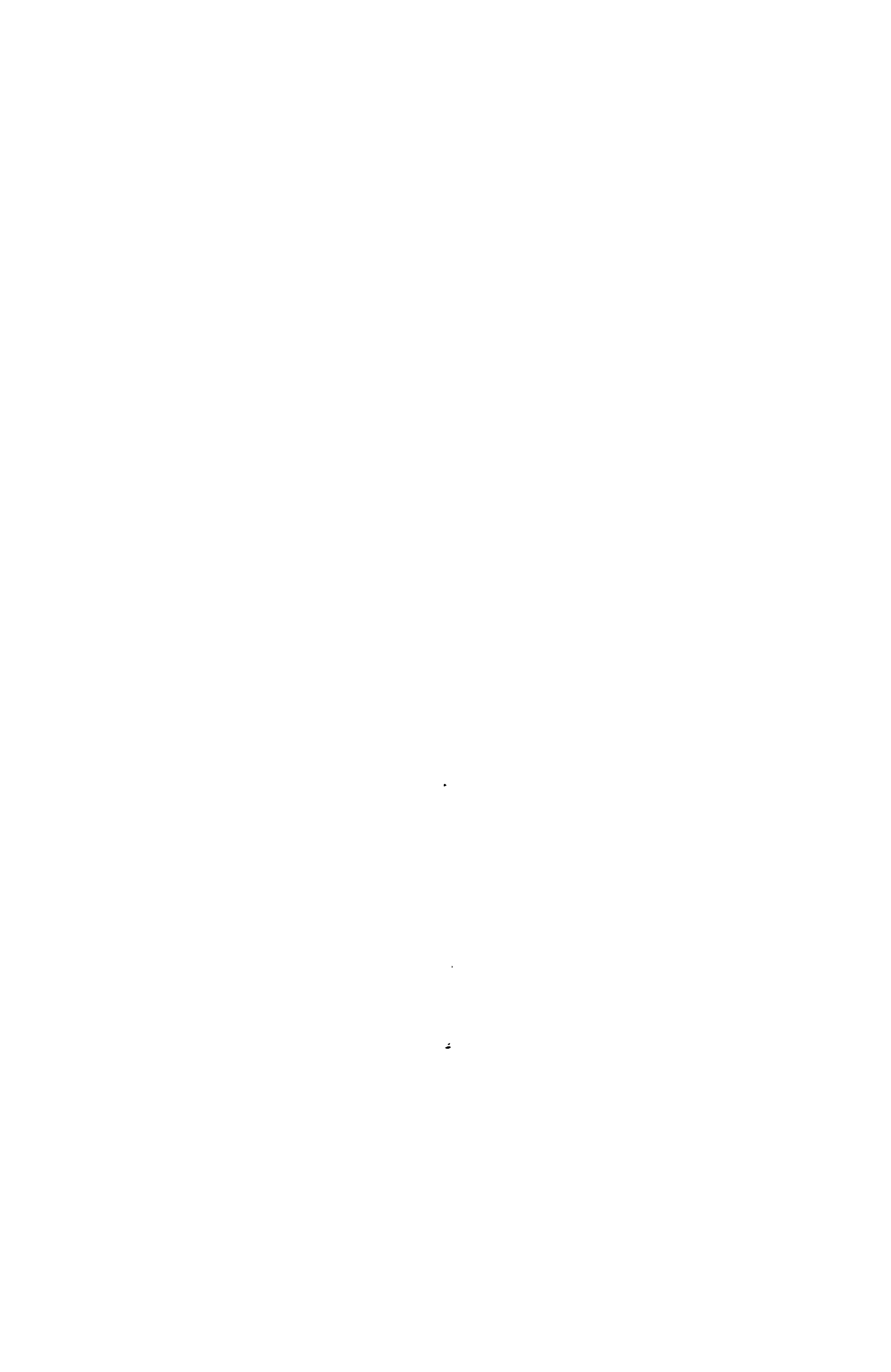
(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التزام الحائز برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى ، ومن ثم فلا تتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً للمادة ٣٧٥ مدنى التى قننت ما كان مقرراً فى ظل القانون المدنى الملغى . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنة سيئة النية فى وضع يدها على جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص ومسئولة بالتالى عن رد الثمرات ، وأن التزامها فى هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠٠ ص ٧٠٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة الطاعنة بريع الأرض التى استولت عليها دون اتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية ، فان الوزارة فى هذه الحالة تعتبر فى حكم الحائز سىء النية ، ولا يسقط الريع المستحق فى ذمتها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً لما تنص عليه المادة ٣٧٥ / ٢ من القانون المدنى القائم التى قننت ما كان مستقراً عليه وجرى به قضاء هذه المحكمة فى ظل التقنين الملغى ، وذلك على أساس أن التزام الحائز سىء النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة التى تتقادم بمضى خمس سنوات (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٨١ ص ١٩٤٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ – استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ .

وانظر بودرى وشرفو فقرة ٣٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ ص ٢٦٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٣ ص ١٩٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٧٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٩ ص ٤٥٤ .

القسم الثاني

الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يلحق به - حق الارتفاق)



تمهيد

٤٧٤ – حصر الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية : قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط [١] أن حق الملكية يتفرع عنه حقوق عينية أصلية خمسة ، ذكرها التقنين المدنى . وهى حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر .

ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة فى التقنين المدنى حقوق ثلاثة أخرى . وهى حق المستحق فى الوقف فهو حق عينى غير الحق الشخصى الذى له فى تقاضى الغلة من الناظر ، والحق الذى يرد على الأشياء غير المادية كحق المؤلف وحق المخترع ، وحق استغلال المناجم والمحاجر [٢] .

٤٧٥ – الباقى للبحث من هذه الحقوق : وقد سبق بحث حق الحكر عند بحث عقد الإيجار ، فى الجزء السادس من الوسيط . وكذلك سبق بحث حق المؤلف وحق المخترع ، وبحث حق استغلال المناجم والمحاجر ، فى الجزء الثامن من الوسيط . أما حق المستحق فى الوقف فهو من مباحث الشريعة الإسلامية ، وقد ألغى على كل حال فيما عدا الوقف الخيرى .

فلم يبق للبحث إذن ، من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ، غير حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، وغير حق الارتفاق .

ولما كان حق الاستعمال وحق السكنى نوعين خاصين من حق الانتفاع ، لذلك نبحث حق الانتفاع ومعه حق الاستعمال وحق السكنى فى الباب الأول من هذا القسم . ونبحث فى الباب الثانى حق الارتفاق .

---

(١) فقرة ١٢٥ ص ٢٢٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٣ هامش ٢ .

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع

(Usufruit)

تمهيد

٤٧٦ - *التعريف بحق الانتفاع* : لم يورد التقنين المدنى الجديد تعريفا لحق الانتفاع ، جرياً على عادته فى الإقلال من التعريفات بقدر المستطاع . ولكن التقنين المدنى السابق عرف هذا الحق فى المادة ٤٩/١٣ منه بأنه « هو حق للمنتفع فى استعمال ملك غيره واستغلاله » . وعيب هذا التعريف أنه أوسع مما يجب ، فهو يشمل أى حق للشخص فى الانتفاع بملك غيره واستغلاله ، فيدخل حق المنتفع كما يدخل حق المستأجر وحق المحتكر . والانتفاع بملك الغير يكون إما بموجب حق شخصى كما هو الأمر فى حق المستأجر ، أو بموجب حق عينى كما هو الأمر فى حق المنتفع وحق المحتكر . فكان الواجب أن يميز حق الانتفاع فى التعريف بأنه حق عينى ، حتى يفارق بذلك حق المستأجر . ثم إن حق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المنتفع ، على خلاف حق المحتكر فإنه قد يبقى بعد موت المحتكر فينتقل إلى ورثته وقد يدوم ستين سنة . فكان الواجب أيضا أن يذكر فى تعريف حق الانتفاع هذا المميز الجوهرى ، وهو أنه ينتهى حتما بموت المنتفع [1] .

---

(١) ويعرف قانون الملكية العقارية اللبنانى (م ٣٢) حق الانتفاع على الوجه الآتى : « الانتفاع هو حق عينى باستعمال شىء يخص الغير وبالتمتع به ، ويسقط هذا الحق حتما بموت المنتفع – ولا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح أشخاص معنويين » . ويعرفه التقنين المدنى السورى (م ٩٣٦) بما يأتى : « ١ – الانتفاع هو حق عينى باستعمال شىء يخص الغير واستغلاله . ٢ – ويسقط هذا الحق حتما بموت المنتفع . ٣ – لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص اعتبارى » .

ويعرف الفقه الفرنسى عادة حق الانتفاع تعريفا أقرب إلى الدقة ، على النحو الآتى : حق الانتفاع هو الحق العينى فى الانتفاع بشىء مملوك للغير ، بشرط الاحتفاظ بذات الشىء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع ، الذى يجب أن ينتهى حتما بموت المنتفع [١] . ويشار فى صدد هذا التعريف إلى أنه يميز حق المنتفع عن حق المستأجر بعينية حق المنتفع ، ويميز حق المنتفع عن حق المحتكر بانتهاء حق المنتفع حتما بموته . ويرجع إلى ظروف المعاملة ونية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان الحق حق انتفاع ، أو كان حقا عينيا آخر ، أو حقا شخصيا فى الانتفاع بملك الغير [٢] .

٤٧٧ – **خصائص حق الانتفاع** : ويتبين من التعريف سالف الذكر أن حق الانتفاع حق عينى ، وأنه ينتهى حتما بموت المنتفع ، وأنه يقع على شىء غير قابل للاستهلاك .

١ – فحق الانتفاع حق عينى : وبهذا يتميز عن حق المستأجر كما قدمنا ، فالمستأجر دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة ، ويلزم هذا الأخير بتمكينه من ذلك فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة ، أما المنتفع فله حق عينى يتمع مباشرة على الشىء المنتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشىء . ويترتب على ذلك أن المالك ليس ملتزما قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر ، بل كل ما على المالك هو ألا يتعرض للمنتفع فى مباشرة حقه ولا يلتزم نحوه بشىء . فاذا احتاجت العين إلى إصلاح لم يلتزم المالك أن يقوم به كما يلتزم المؤجر ، وسيأتى بيان ذلك . وإذا كان محل حق الانتفاع عقارا ، فان حق الانتفاع يعتبر مالا عقاريا يجوز رهنه رهنا رسميا ، بخلاف ما إذا كانت العين المؤجرة عقارا فإن حق المستأجر وهو حق شخصى لا يعتبر مالا عقاريا بل مالا منقولا لا يجوز رهنه رهنا رسميا . وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير فانه ينزل عن حق عينى لا يقتضى تدخل المالك كما يقتضى تدخله النزول عن حق المستأجر ، إذ يعتبر نزول المستأجر عن حقه الشخصى للغير حوالة حق فتقتضى إعلان المؤجر بها . فاذا ما كانت العين

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ . وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣١.
(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ .

عقارا ، فإن نزول المستأجر عن حقه الشخصى للغير يبقى حوالة فلا يجب التسجيل . أما نزول المنتفع عن حق انتفاعه بالعقار للغير فانه يعتبر انتقالا لحق عينى ، فيقتضى التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين [١] .

وإذا كان حق الانتفاع حقا عينيا ، فانه حق عينى يتميز عن حق الملكية ، بل هو يثقل حق الملكية وينتقص منها . وقد قدمنا أن حق الملكية يشتمل على عناصر ثلاثة ، حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فحق الانتفاع ، ويشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال [٢] ، يجرد حق الملكية من هذين العنصرين ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف ، ومن ثم تصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع ملكية غير كاملة وتسمى بملكية الرقبة (nue-propriété) . ويتجمع فى المال الواحد حقان عينيان ، حق الرقبة للمالك ويسمى مالك الرقبة وحق الانتفاع للمنتفع [٣] . ومالك الرقبة والمنتفع ليسا شريكين على الشيوع فى المال ، فالشيوع لا يكون إلا فى حقوق من طبيعة واحدة تتزاحم على الشىء الواحد . أما طبيعة حق الرقبة فتختلف عن طبيعة حق الانتفاع [٤] ، وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ولا للمنتفع أن يطلب قسمة المال كما يجوز ذلك للمالك فى الشيوع ، ويبقى كل منهما محتفظا بحقه متميزا عن حق الآخر دون تزاحم بينهما . ولكن يصح أن تكون الرقبة نفسها

---

(١) وللمنتفع فى الدفاع عن حيازته لحقه العينى جميع دعاوى الحيازة طبقاً للقواعد العامة ، لذلك لم يرد نص خاص فى ذلك ، أما المستأجر فله أيضاً فى الدفاع عن حيازته لحقه الشخصى جميع دعاوى الحيازة ولكن بموجب نص خاص (م ٥٧٥ مدنى) كان لازماً لمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية تأثراً بالنظرية المادية للحيازة (انظر آنفاً فقرة ٢٦٧) .

(٢) ومن هذين العنصرين (usus, fructus) تكون اسم حق الانتفاع (usufruit) .

(٣) ولا بد أن يكون المنتفع شخصاً آخر غير مالك الرقبة ، فيترتب حق الانتفاع لشخص على مال مملوك لشخص آخر . ولا يقال لمن يملك المال ملكية كاملة إنه يملك كلا من الرقبة وحق الانتفاع ، بل إن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق انتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة ، وعلى ذلك لا يجوز لمن يملك المال ملكية كاملة أن يرهن حق الانتفاع مستقلا عن الرقبة ، ولا أن يرهن الرقبة مستقلة عن حق الانتفاع (اسماعيل غانم ص ٤) . والذى يجوز هو أن ينشىء المالك حق انتفاع على ماله فلا تبقى له إلا الرقبة ، أو أن يتصرف فى الرقبة لغيره ويستبقى لنفسه حق الانتفاع .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ .

أو حق الانتفاع نفسه مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص ، فيجوز عندئذ للشريك على الشيوع فى الرقبة أو فى حق الانتفاع أن يطلب القسمة [١] .

٢ – وحق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع : فلا يبقى حق الانتفاع بعد موت المنتفع ، بل يرجع إلى مالك الرقبة فتعود لهذا ملكية العين كاملة . وهذا بخلاف حق المستأجر ، فهو فى الأصل لا ينتهى بموت المستأجر ، وإذا انتهى فإنما يكون ذلك فى حالات استثنائية (م ٦٠١ /٢ و م ٦٠٢ مدنى) . وهذا لا يعنى أن حق الانتفاع يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع ، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل ، ومتى انتهى الأجل المحدد انتهى حق الانتفاع ولو قبل موت المنتفع . ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل ، فإن حق الانتفاع ينتهى

---

(١) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ – ص ٧٥٨ – وقد يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع فى جزء شائع من تركته ، فيكون للورثة حق الملكية الكاملة pleine propriété فيما يجاوز هذا الجزء الشائع وحق الرقبة فى الجزء الشائع ، ويكون للموصى له حق الانتفاع فى الجزء الشائع . فهناك إذن شيوع بين الورثة والموصى له فيما يتعلق بحق الانتفاع بالتركة جميعها ، إذ أن للورثة، فيما جاوز الجزء الشائع الموصى بحق الانتفاع به، حق انتفاع يتضمنه ملكيتهم الكاملة ، فهم إذن شركاء فى الشيوع مع الموصى له فى حق الانتفاع بالتركة جميعها كما سبق القول . وعلى ذلك يستطيع الموصى له أو أى من الورثة أن يطلب قسمة حق الانتفاع الشائع فى جميع التركة . فاذا أمكنت القسمة عيناً ، أفرز جزء من التركة يكون فيه للموصى له حق الانتفاع وللورثة حق الرقبة ، وأفرزت بقية أموال التركة ويكون للورثة حق الملكية الكاملة فيها . أما إذا لم تمكن القسمة عيناً ، فهل يجوز بيع كل التركة على سبيل قسمة التصفية licitation ؟ يذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن هذا لايجوز ، إذ قسمة التصفية هنا تؤدى إلى أن تكون هناك قسمة بين الرقبة وحق الانتفاع وهذا ممتنع قانوناً (لوران ٦ فقرة ٣٦٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣٤ هامش ١١ – بيدان فى تعليقه فى داللوز ٧٨ – ١ – ١٤٥) . ولكن القضاء الفرنسى لا يأخذ بهذا الرأى ، مراعياً فى ذلك مصلحة الجميع . فبيع التركة بملكيتها الكاملة يكون أربح صفقة من أن يباع جزء شائع من التركة بملكيته الكاملة وأن يباع جزء شائع آخر مثقلا بحق الانتفاع . فاذا طلب الموصى له أو أحد من الورثة بيع التركة جميعها بملكيتها الكاملة على سبيل قسمة التصفية ، أجيب إلى طلبه ولو عارض فى ذلك الآخرون (نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣ – ١ – ٢٨٥ – ٢٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠ – ١ – ١٨١ – ٢٠ يوليه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ – ١ – ١١٣ – ٢١ يونيه سنة ١٩٥٤ جازيت دى باليه ١٩٥٤ – ٢ – ٢٢١) . ويقر رأى آخر فى الفقه الفرنسى ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فى ذلك (بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢٨٢٦ – لابيه فى تعليقه فى سيريه ٨٠ – ١ – ١٤٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٨ – ص ٧٥٩ – كاربونييه ص ١١٦) .

حتما ، وذلك بالرغم من أن الأجل لم ينقض . والحكمة فى انتهاء حق الانتفاع حتما بموت المنتفع ، أن حق الانتفاع يشل إلى حد ما من تداول المال ، فلا المنتفع يملك الرقبة حتى يستطيع التصرف فى ملكية المال كاملة ، ولا مالك الرقبة يتيسر له أن يجد مشتريا للرقبة وهى عاطلة عن حق الانتفاع [1] . فأصبح المال فى وضع اقتصادى غير مرغوب فيه ، ولذلك عين المشرع حدا أقصى لهذا الوضع ، وهو حياة المنتفع . فلا ينتقل حق الانتفاع بموت المنتفع إلى ورثته بل ينتهى حتما . فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة ، ويرجع المال إلى وضعه العادى من التداول .

وإذا كان حق الانتفاع يحد من حركة تداول المال كما قدمنا ، فإنه أيضا يحمل فى ذاته عاملا من عوامل الشك وعدم الاستقرار بسبب القاعدة التى نحن بصددها من أنه ينتهى حتما بموت المنتفع . فسواء حدد لحق الانتفاع أجل أولم يحدد ، فإنه لا يعرف متى ينتهى . إذ قد يموت المنتفع قبل انقضاء هذا الأجل والموت لا يعرف موعده على وجه محقق . فتقدير قيمة حق الانتفاع ، عندما يكون هناك محل لذلك ، يصعب البت فيه ، إذ يحول دون ذلك عدم معرفة موعد انقضائه حتى لو كان له أجل محدد . إذ ينتهى حتما بموت المنتفع ولو قبل انقضاء الأجل كما سبق القول . وقد واجه المشرع هذه الصعوبة فى حالات مختلفة ، ففى حالتين منها لجأ إلى التحكم لأنه أراد أن يبت فى حق الانتفاع فى الحال . الحالة الأولى إذا نزعت ملكية العقار للمنفعة العامة ، وأريد توزيع التعويض المستحق عن نزع الملكية بين مالك الرقبة والمنتفع ، فعلى القاضى فى هذه الحالة أن يقدر قيمة حق الانتفاع اجتهادا ، مراعيا فى ذلك سن المنتفع وحالته الصحية .والحالة الثانية ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الإصلاح الزراعى فى شأن توزيع التعويض المستحق عن الاستيلاء بين مالك الرقبة والمنتفع ، ففى هذه الحالة يكون لمالك الرقبة ثلثا التعويض وللمنتفع الثلث الباقى . وفى حالة

(١) هذا إلى أن صاحب الانتفاع يسعى بطبيعة الوضع الذى هو فيه إلى أن يستخلص من العين كل ما يستطيع استخلاصه من منفعة دون أن يحاول تحسين العين إذا كان هذا التحسين سيؤول نفعه إلى صاحب الرقبة عند انقضاء حق الانتفاع . وتشتد أضرار حق الانتفاع فى الأرض الزراعية ، ويتلوها فى التأثر بالضرر المبانى والمتجر والمصانع ، ويخف الضرر كثيراً فى الأوراق المالية (كولان وكابيتان ودى لا موراندبير ١ فقرة ١٠٥٩ ص ٨٥٧) .

ثالثة لم يلجأ المشرع إلى التحكم ، إذ نص فى المادة ٩٩٤ مدنى على أن « ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشىء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشىء إلى ماقد يقوم مقامه من عوض » . فإذا قام مقام الشىء تعويض أو مبلغ تأمين مثلا على سبيل الحلول العينى ، كان للمنتفع الفوائد المدة التى يدوم فيها حق الانتفاع ، ويبقى رأس المال دون الفوائد لمالك الرقبة إلى أن ينتهى حق الانتفاع ، فاذا انتهى آلت الفوائد للمالك (١) .

٣ — وحق الانتفاع يقع على شىء غير قابل للاستهلاك : وذلك لأن الشىء بذاته يعود إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فوجب أن يكون باقيا بعد الانتفاع به ، ويعنى ذلك أن يكون شيئا غير قابل للاستهلاك (٢) .

هذا هو الأصل . غير أنه يقع فى بعض الأحيان أن يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع فى جزء من تركته ، وقد تشتمل التركة على أشياء قابلة للاستهلاك ، فاذا أفرزت الأموال التى يستعمل عليها المنتفع حق انتفاعه دخل فى هذه الأموال أشياء قابلة للاستهلاك . فكيف يباشر المنتفع حق انتفاعه على هذه الأشياء ، وهو لا يستطيع الانتفاع بها الا باستهلاكها ؟ تجيب على ذلك المادة ٥٨٧ من التقنين المدنى الفرنسى بأنه « إذا شمل حق الانتفاع أشياء لا يمكن استعمالها دون استهلاكها ، كالنقود والغلال والخمور ، كان للمنتفع الحق فى استهلاكها . بشرط أن يرد مثلها فى الكمية والصفة والجودة » (٣) . ويستخلص من هذا النص أن الذى ينتقل إلى المنتفع فى الشىء القابل للاستهلاك ليس هو مجرد حق انتفاع ، بل هو حق ملكية كاملة يبيح للمنتفع أن يستهلك الشىء ، على أن يرد

---

(١) أنظر فى ذلك إسماعيل غانم ص ٥ — ص ٦ .

(٢) هذا إلى أن المنتفع ليس له إلا أن يستعمل الشىء وأن يستغله دون أن يستهلكه أو يتصرف فيه ، والشىء القابل للاستهلاك لايمكن استعماله دون استهلاكه أو التصرف فيه ، ومن ثم لا يكون الشىء القابل للاستهلاك فى الأصل قابلا لأن يترتب عليه حق انتفاع.

(٣) والحل الذى أتى به نص التقنين المدنى الفرنسى لا يمكن تصور غيره ، وهو منقول عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون فى أول الأمر يمنع ترتيب حق الانتفاع على شىء قابل للاستهلاك لأن طبيعة هذا الشىء تستعصى على أن يرد عليه هذا الحق ، ثم تطور القانون فأباح ذلك ، وسمى الحق فى هذه الحالة بشبه حق الانتفاع (quasi-usufruit) . ونقل التقنين المدنى الفرنسى هذا الحكم فى المادة ٥٨٧ سالفة الذكر .

مثله أو قيمته عند انتهاء حق الانتفاع [١] . فالمنتفع إذن يصبح مالكا للشيء القابل للاستهلاك ، فلا تكون هناك رقبة تبقى للمالك ؛ وإنما يكون المالك دائنا للمنتفع بمثل الشيء أو قيمته [٢] . وهكذا تتحول الرقبة من حق عيني هو ملك الرقبة ، إلى مجرد دائنية (créance) للمالك في ذمة المنتفع [٣] . وهذا هو الحكم الذي أخذ به في مصر . وقد ورد في شأنه نص صريح ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدني : « وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك . وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » [٤] .

٤٧٨ ـ الأشياء التي تصلح أن تكون محلا لحق الانتفاع : يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع العقار كالدور والأراضي الزراعية والمناجم والمحاجر ، والمنقول كالآلات والسيارات والمركبات والمواشي والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي لحاملها والأشياء القابلة للاستهلاك ويترتب على هذه الأشياء الأخيرة شبه حق انتفاع كما سبق القول .

ويصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع ، ليس فحسب الأشياء المادية كالأشياء التي تقدم ذكرها ، بل أيضا الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف

---

(١) ويقرب شبه حق الانتفاع بذلك من حق القرض في عقد القرض ، ففي الحالتين تنتقل ملكية أشياء قابلة للاستهلاك من شخص إلى آخر على أن يرد هذا الأخير للأول مثلها أو قيمتها . ولكنهما يختلفان فيما يأتي : (أ) ينتهي شبه حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع حتى لو حدد له أجل ولم ينقض ، أما القرض فلا يحل بموت المقترض ولكن بانقضاء الأجل ، ويبقى القرض دينا في التركة لورثة المقترض قبل حلول الأجل . (ب) القرض لا يكون إلا بعقد أما شبه حق الانتفاع فقد يكون بعقد ولكن يغلب أن يكون بوصية . (جـ) يجب في شبه حق الانتفاع تقديم كفالة وعمل جرد للأشياء القابلة للاستهلاك (م ٩٩٢ مدني) ، ولا يجب ذلك في القرض . أنظر عبد المنعم البدراوي فقرة ٢١٨ ص ٢٦٢ – ص ٢٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٩ ص ٧٥٦ .

(٣) ويترتب على ذلك أنه في حين أن المالك في حق الانتفاع يسترد نفس الشيء عند نهاية الانتفاع ، إذا به في شبه حق الانتفاع ليس إلا دائناً للمنتفع يزاحمه سائر دائني هذا الأخير (مازو فقرة ١٦٥٢) .

(٤) أنظر أيضاً المادة ٤١/٢٢ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « يجوز للمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التي تنعدم بالاستعمال ، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » .

وحق المخترع ، والحقوق الشخصية (créances) [١] والإيرادات المرتبة والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التى ليست لحاملها وسندات القروض التى تعقدها الدولة كقروض الإنتاج وغيرها . بل أن حق الانتفاع نفسه يصلح أن يكون محلا لحق انتفاع يترتب عليه ، فيكون للمنتفع بحق الانتفاع غلة هذا الحق وثماره [٢] . وكذلك يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع حق الارتفاق بشرط أن يشمل حق الانتفاع العقار المرتفق وحق الارتفاق معاً . فلا يترتب حق انتفاع على حق الارتفاق مستقلا عن العقار المرتفق [٣] .

ويصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع المجموع من المال (universalité) ، سواء كان مجموعا قنونيا كالتركات [٤] ، أو كان مجموعا فعليا كالمتاجر والقطيع من الغنم [٥] . وبوجه عام كل ما يصلح أن يكون محلا لحق الملكية يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع [٦] .

وفى جميع الأحوال يصلح الشيء أن يكون محلا لحق الإنتفاع ، حتى لوكان مما يبلى بطول الاستعمال كالأثاث والملابس والسيارات والمركبات .

ولا يتحول حق الانتفاع هنا إلى شبه حق انتفاع ، فهناك فرق واضح بين شئ يبلى بطول الاستعمال وشئ يستهلك فورا بالاستعمال . وعلى ذلك يرد

---

(١) وترتيب حق الانتفاع على الحقوق الشخصية من شأنه أن يرتب حقاً عينياً على حق شخصى ، ويحمل على التساؤل عما إذا كان حق الانتفاع حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية ، أو هو حق يتفرع عن الحقوق بوجه عام لا عن حق الملكية فحسب (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٤١٥ – كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ١ فقرة ١٠٦٠ – مارق ورينو فقرة ٦٤ ص ٨٢) .

(٢) أنظر مايلى فقرة ٥٠٧ .

(٣) أنظر مايلى فقرة ٤٩١ .

(٤) والمتنفع بمجموع قانونى من المال universalité de droit ، على خلاف المتنفع بمال مستقل بذاته ، يساهم فى الوفاء بديون المجموع من المال الذى ينتفع به ، فيتحمل فوائد هذه الديون (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٥١٥) .

(٥) والمتنفع بمجموع فعلى من المال universalité de fait يتميز ، لا بالمساهمة فى الوفاء بالديون ، بل باعمال نظرية الحلول العينى (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٥١٦) .

(٦) وبوجه أعم ، كل شيء مادى أو غير مادى ، تخول حيازته فائدة اقتصادية أو أدبية أو فكرية ، يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ هامش ٤ مكرر – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٨ ص ٧٥٥) .

المنتفع ، فيما إذا ورد حق الانتفاع على شيء يبلى بطول الاستعمال ، نفس الشيء فى الحالة التى يكون عليها وقت نهاية حق الانتفاع ، دون أن يكون قد أصابه تلف بخطأ المنتفع [1] .

٤٧٩ – ما أدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على التقنين المدنى السابق فى خصوص حق الانتفاع : أهم ماأدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على التقنين المدنى السابق فى خصوص حق الانتفاع أنه حذف نصوصا خاصة بالوقف أقحمها التقنين المدنى السابق على النصوص المتعلقة بحق الانتفاع . وبعض هذه النصوص قد بطل العمل بها ، كنص المادة ١٨ /٢٧ من التقنين المدنى السابق المتعلق بالمسقفات والمستغلات التى تكسب بعقد الاجارتين ويجوز تأجيرها أو إعطاؤها بالغاروقة ، وكالمواد ٣٥و٣٦و٤٨ من التقنين المدنى المختلط الخاصة بالأراضى الخراجية . وبعض آخر من هذه النصوص تورد أحكاما فى الوقف غير صحيحة ، من ذلك مانصت عليه المادة ١٧ /٣٤ من أنه « يجوز أن يوصى لمحل خيرى تابع لديوان الأوقاف بملك العين ولشخص أو أكثر و ورثته على التعاقب بحق الانتفاع ، وحينئذ لا يكون للمحل الخيرى حق الملك التام إلا بعد انقراض الموصى إليهم بحق الانتفاع » [2] .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ٥٨٩ من التقنين المدنى الفرنسى – على أنه يجوز الاتفاق على إلحاق الأشياء التى تبلى بطول الاستعمال بالأشياء التى تستهلك فوراً بالاستعمال ، فتنتقل ملكية الأشياء التى تبلى بطول الاستعمال إلى المنتفع ، ويكون له حق التصرف فيها واستهلاكها ، ولا يلزم إلا برد قيمتها أومثلها عند نهاية حق الانتفاع . فيتحول حق الانتفاع بهذا الشرط إلى شبه حق انتفاع . وقد يكون الشرط ضمنياً فيستفاد مثلا من تقويم الأشياء التى يشملها حق الانتفاع ، إذ التقويم قد يفهم منه أن المالك لا يعلق أهمية كبيرة على أن يسترد الأشياء بذواتها وبحسبه ان يسترد قيمتها ، فيقوم التقويم هنا مقام البيع aestimatio facit venditionem وهذه على كل حال قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يثبت أنه قد عول على استرداد الشىء بذاته لا بقيمته ، وذلك بالرغم من تقويمه فى سند حق الانتفاع (عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢٠) .

(٢) وتقول محكمة النقض فى خصوص هذا النص إنه « من قبيل حق الانتفاع المؤبد الذي حرمه القانون بين الأفراد ، وهو بعينه نظام الوقف الذى أتى به الفقه الإسلامى ، وبحسبه وجدت الأموال الموقوفة ، مع ملاحظة أن محررى القانون اضطروا إلى جعل ملك الرقبة للجهة الخيرية وجعل الملك التام يؤول لها فى النهاية . وسبب اضطرارهم لهذا أنهم لم يريدوا متابعة فقهاء المسلمين =

ثم إن التقنين المدنى الجديد رتب موضوع حق الانتفاع ترتيبا منطقيا ، فبدأ ببيان الأسباب التى يكسب بها حق الانتفاع ، ثم قرر ماذا يترتب على كسبه فعدد حقوق المنتفع والتزاماته ، وانتهى بذكر الأسباب التى ينقضى بها حق الانتفاع (١) .

٤٨٠ — الأهمية المحدودة لحق الانتفاع فى مصر والأهمية الكبيرة فى فرنسا : وإذا كان لحق الانتفاع أهمية كبيرة فى فرنسا ، فإن ذلك يرجع إلى أن التقنين المدنى الفرنسى قرر حالات هامة فيها يكسب الشخص حق الانتفاع فى مال غيره ، وهذه هى حالات حق الانتفاع المقررة بحكم القانون وتسمى بحقوق الانتفاع القانونية (usufruits légaux) . فالمادة ٣٨٤ مدنى فرنسى تجعل للأب وللأم ، على ترتيب خاص ، حق الانتفاع فى أموال الأولاد حتى يبلغوا سن الثمانية عشرة أو حتى يصبحوا مأذونين(émancipés) إذا تم ذلك قبل بلوغهم سن الثمانية عشرة . والمادة ٧٥٤ مدنى فرنسى تجعل لمن بقى حيا من الوالدين ، فيما يرثه من أموال ولده ، حق انتفاع فى المال الذى لا تؤول له ملكيته كاملة . وقد جعلت قوانين فرنسية متعاقبة ، فى ١٤ يوليه سنة ١٨٦٦ وفى ٩ مارس ١٨٩١ سنة وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ ، حق انتفاع لمن بقى حيا من الزوجين فى بعض أموال الزوج الآخر . فشاع بموجب هذه الأحكام حق الانتفاع فى التعامل ، وتكفل التقنين المدنى الفرنسى بتنظيم هذا الحق تنظيما مفصلا .

أما فى مصر فالأمر مختلف ، إذ لا يوجد فى القانون المصرى حقوق انتفاع قانونية . ويندر فى العمل أن يرتب شخص على ماله حق انتفاع لشخص آخر

= على ما قالوه من أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الواقف أو على حكم ملك الله ، بل كان هذا عندهم من قبيل الأمور التى وراء الطبيعة (الميتافيزيقية) والتى لا يأخذون بها فى التشريع . وهم بالبداهة مخطئون ، لأنهم ماداموا قد أقروا نظام الوقف ينبغى لهم أن يأخذوا فيه بأقوال واضعيه ، وإلا فان عبارتهم فى المادة ١٧ المذكورة تحلل للجهة الخيرية أن تبيع حق الرقبة وأن تبيع الملك التام عند أيلولته إليها بعد انقراض ذرية الموصى لهم ، وهذا مخالف لأصول الوقف كل المخالفة » (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم ٦٨) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٠ — ص ٥٢١ .

بعقد أو بوصية . ومتى كان حق الانتفاع نادرا على هذا النحو فإنه يندر تبعا لذلك أن يكسب بالشفعة أو بالتقادم مادام أنه ليس موجودا من الأصل . والذى يقع غالبا هو أن يبيع الشخص لأولاده أو لزوجته مالا له ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع فى هذا المال طول حياته . وحتى فى هذا الفرض ، كثيرا ما يعتبر التعامل غير متعلق بحق انتفاع جدى ، وإنما يعتبر وصية مستترة أراد بها الموصى التحايل على أحكام الميراث والوصية ، وقد نصت المادة ٩١٧ مدنى صراحة على هذه القرينة القانونية وإن قررت أنها تقبل إثبات العكس . من أجل ذلك لم يسهب التقنين المدنى المصرى ، على خلاف التقنين المدنى الفرنسى ، فى تفصيل أحكام حق الانتفاع ، واقتصر على إيراد مبادئه الجوهرية ، ونجاريه فى ذلك .

٤٨١ – خطة البحث : ونبحث حق الانتفاع فى فروع ثلاثة : (١) أسباب كسب حق الانتفاع . (٢) الآثار التى تترتب على قيام حق الانتفاع . (٣) انتهاء حق الانتفاع .

الفرع الأول

أسباب كسب حق الانتفاع

٤٨٢ – نص قانونى : تنص المادة ٩٨٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ – حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم » .

« ٢ – ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن »[(١)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق فى الفقرة الأولى منه لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، أما الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى فكانت تجرى على الوجه الآتى : «ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ينوا» . وقد عدلت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثانية بما جعلها مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت على النص تحت رقم ١٠٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٢ – ص ٥٤٣) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٣٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٨٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٤٩ – ١٢٥٠ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٣٣ [١] .

وقد ساير النص فى أسباب كسب حق الانتفاع أسباب كسب الملكية ، بعد أن حذف من أسباب كسب الملكية مالا يتفق منها مع طبيعة حق الانتفاع . فالاستيلاء لا يرد على حق الانتفاع ، وكذلك الميراث لأن حق الانتفاع لا يورث إذ ينتهى حتما بموت المنتفع ، وتستعصى طبيعة حق الانتفاع على الالتصاق. فيبقى إذن من أسباب كسب الملكية التى تنطبق على حق الانتفاع الوصية والعقد، وقد جمعها النص فى كلمة « العمل القانونى » ، والشفعة والتقادم [٢] .

٤٨٣ - كسب حق الانتفاع إبتداء وكسبه انتقالا : وحق الانتفاع ، كحق الملكية ، يمكن كسبه ابتداء وكسبه انتقالا . بل إن حق الانتفاع فى هذا الصدد يتميز عن حق الملكية فى أن الغالب فيه أن يكسب ابتداء لا انتقالا ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٣٧ – ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط . (والتقنين السورى مأخوذ من قانون الملكية العقارية اللبنانى . وقد أغفل ذكر التقادم بين أسباب كسب حق الانتفاع ، ولم يذكر الشفعة لأنه لم يأخذ بها أصلا) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٨٩ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص التقنين الليبى تضيف القانون إلى أسباب كسب حق الانتفاع) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٤٩ : يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبتها ، سواء كانت الأعيان عقاراً أو منقولا .

م ١٢٥٠ : يكسب حق المنفعة بالعقد وبالوصية . ويجوز أيضاً أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم . (ولا يذكر التقنين العراقى الشفعة بين أسباب كسب حق الانتفاع ، لأنه فى النصوص التى أوردها فى الشفعة لا يجيز أخذ حق الانتفاع بالشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٣٣ : ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه إلى أجل أو بشرط . (والقانون اللبنانى كالتقنين السورى لا يذكر بين أسباب كسب حق الانتفاع التقادم ولا الشفعة . والقانون اللبنانى ، بخلاف التقنين السورى ، يأخذ بنظام الشفعة ، ويذكر فى نصوص الشفعة جواز كسب حق الانتفاع بهذا السبب) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٢ .

فى حين أن الغالب فى حق الملكية أن يكسب انتقالا ولا يكسب ابتداء إلا بالاستيلاء .

فحق الانتفاع يكسب ابتداءبالوصية ، ويكسبانتقالا بالشفعة ، ويكسب ابتداء وانتقالا بالعقد والتقادم .

أما أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء ، فذلك لأنه لا يمكن الايصاء بحق انتفاع ينتقل إلى الموصى له بموت الموصى . فان حق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع ، فلا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع لأن هذا الحق يكون قد انتهى بموته ، وعلى ذلك لا يكسب حق الانتفاع انتقالا بالوصية . وإنما يمكن بالوصية إنشاء حق الانتفاع ابتداء ، فيوصى المالك ملكية كاملة للعين بحق الانتفاع بها ، وبذلك ينشىء ابتداء بالوصية حق الانتفاع ولا ينقله .

وأما أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا . فذلك لأن الشفعة إنما تنقل للشفيع حق انتفاع قد تم إنشاؤه قبل أخذه بالشفعة . فأخذ حق الانتفاع بالشفعة إنما ينقل هذا الحق للشفيع ، ولا ينشئه .

والعقد تارة ينشىء حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فالمالك ملكية كاملة للعين ينشىء حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر ، فيكون العقد فى هذه الحالة منشئا لحق الانتفاع ابتداء . ومتى أنشىء حق الانتفاع بأي سبب من أسباب إنشائه ، جاز للمنتفع أن ينقل حقه للغير ببيع أو مقايضة أو هبة ، فيكون العقد فى هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع لا منشئا له .

والتقادم كذلك تارة ينشىء حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فقد ينشىء شخص على عقار غير مملوك له حق انتفاع لشخص آخر ، ثم يضع هذا الأخير يده على حق الانتفاع معتقدا بحسن نية أنه تعامل مع المالك . فيستطيع أن يكسب حق الانتفاع إذا ظل حائزا إياه خمس سنوات بالتقادم المكسب القصير ، ويكون التقادم فى هذه الحالة قد أنشأ حق الانتفاع ابتداء . وقد يكون هناك حق انتفاع تم إنشاؤه ، ويؤجر المنتفع العين المنتفع بها ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة بنية تملك حق الانتفاع ، فيتملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فيكون التقادم هنا ناقلا لحق الانتفاع لا منشئا له . ويقوم مقام التقادم المكسب القصير فى العقار الحيازة

بحسن نية فى المنقول ، وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى التقادم باعتباره سببا لكسب حق الانتفاع [١] .

ويخلص مما قدمناه أن هناك أسبابا أربعة لكسب حق الانتفاع : العقد والوصية والشفعة والتقادم ، ويضاف إلى التقادم الحيازة فى المنقول .

٤٨٤ - السبب الأول - العقد : يكون العقد سببا لكسب حق الانتفاع فى حالات ثلاث :

(الحالة الأولى) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الإنشاء (par voie de constitution) ، وهذا طريق مباشر . فيرتب مالك العين ، عقارا كانت العين أو منقولا ، حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر . ويكون ذلك بعقد منشىء للحق العينى ، وأكثر ما يكون هذا العقد بيعا أو هبة ، وقد يكون مقايضة أو وفاء بمقابل . أما البيع فنادر ، إذ يصعب تقدير قيمة حق الانتفاع وهى موقوفة على حياة المنتفع كما قدمنا ، فيصعب تبعا لذلك تقدير الثمن . وأما المقايضة فأندر ، ولكن يمكن تصور ذلك إذا تقايض شخصان على عينين ، فيكون لكل منهما حق الانتفاع فى العين المملوكة للآخر . والهبة أقرب تصورا ، فيهب شخص لآخر حق الانتفاع فى عقار أو منقول مملوك للأول ليجد المنتفع بذلك موردا للعيش . فان كان الهبة واقعة على عقار وجب أن تكون بورقة رسمية ، ما لم تكن مستترة تحت اسم عقد آخر . وإن كانت واقعة على منقول وجب أيضا أن تكون بورقة رسمية ، ما لم يقبض المنتفع المنقول أو تكن الهبة مستترة تحت اسم عقد آخر . وأيا كان العقد ، بيعا أو هبة أو مقايضة أو غير ذلك ، فانه يجب تسجيله إذا رتب حق الانتفاع على عقار ، ولاينشأ حق الانتفاع لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا سجل العقد طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل .

ويحدد العقد مدة لحق الانتفاع ، وينتهى حق الانتفاع حتما بموت المنتفع حتى قبل انقضاء المدة المحددة . فاذا لم يحدد العقد مدة ، عد حق الانتفاع مقررا مدى حياة المنتفع (م ٩٩٣ / ١ مدنى) . وإذا كان حق الانتفاع مرتبا

---

(١) أنظر مايلى فقرة ٤٨٧ .

لمصلحة شخص معنوى ، فقد ورد فى هذا الشأن نص فى التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تقضى المادة ٦١٩ من هذا التقنين بأن المدة لا يجوز أن تزيد فى هذه الحالة على ثلاثين سنة . وورد فى كل من التقنين المدنى السورى (م ٩٣٦) وقانون الملكية العقارية اللبنانى (م ٣٢) أنه لا يجوز إنشاءحق الانتفاع لصالح أشخاص معنويين [1] . ولما كان التقنين المدنى المصرى لا يشتمل على مثل هذه النصوص ، وجب القول من جهة إن حق الانتفاع يجوز ترتيبه لصالح شخص معنوى ، ومن جهة أخرى إنه لا يوجد حد أقصى لمدة حق الانتفاع فى هذه الحالة . وعلى ذلك يجوز فى القانون المصرى ترتيب حق الانتفاع لصالح شخص معنوى ، ويحدد العقد مدته ، فاذا لم تحدد له مدة بقى طوال بقاء الشخص المعنوى ، ولكن ينتهى حق الانتفاع حتما بانحلال الشخص المعنوى حتى قبل انقضاء المدة المحددة فى العقد .

والعقد الذى أنشأ حق الانتفاع هو الذى يقرر حقوق المنتفع والتزاماته وغير ذلك من الشروط ، على أن يستكمل كل ذلك بالأحكام الواردة فى القانون والتى سيأتى بيانها (م ٩٨٦ مدنى) . ويصح أن ينشىء العقد حق الانتفاع منجزا ، كما يصح أن يعلقه على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، أو أن يقرنه بأجل واقف فلا يبدأ حق الانتفاع إلا فى وقت معين . ويجب أن يكون حق الانتفاع دائما مقترنا بأجل فاسخ ، فان لم يحدد العقد هذا الأجل كان الأجل الفاسخ هو مدة حياة المنتفع كما سبق القول . ويجوز أن يقترن العقد بشروط وتكاليف (charges) [2] ، وبوجه خاص يجوز جعل حق الانتفاع غير قابل للنزول عنه ولا للحجز عليه ، فيكون حق الانتفاع كحق الملكية مقترنا بشرط مانع من التصرف ، ويراعى فى ذلك نفس الأحكام التى سبق تفصيلها فى حق الملكية (م ٨٢٣ – ٨٢٤ مدنى [3] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٧٦ فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العقد الذى بموجبه يتسلم شخص أرضاً على أن يردها فى نهاية المدة المتفق عليها ، بما ينشئه فيها من أبنية وغراس دون أى تعويض عنها ، يعتبر عقداً منشئاً لحق انتفاع (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١م ٤٣ ص ٢٢٩) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٦ .

(الحالةالثانية) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذاالحق (par voie de retentuion) ، وهذا طريق غير مباشر . فينقل مالك العين بالعقد الرقبة للغير ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته فى الغالب . ويكون العقد فى هذهالحالة منشئا لحق الرقبة لا لحق الانتفاع ، وإنما يبرز حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق فصل الرقبة عن الملكية الكاملة ، فيكون حق الانتفاع بعد أن انفصلت عنه الرقبة للمالك الأصلى . وتكون الرقبة لمن تصرف له هذا المالك . وقد قدمنا [١] أن هذه الصورة هى التى تتحقق عادة فى العمل فى مصر ، وأنه يقصد بها غالبا التحايل على أحكام الميراث والوصية ، ومن أجل ذلك وضعت المادة ٩١٧ مدنى قرينة قانونية على أن التصرف على هذا النحو يعتبر وصية مستترة ما لم يقم الدليل على العكس . فان قام الدليل على العكس ، كان الحكم هو ما قدمنا ، وكان العقد هو الذى أنشأ حق الرقبة انفصالها عن الملكية الكاملة برز حق الانتفاع [٢] . أما إذا لم يقم الدليل على العكس ، فالتصرف فى مجموعه يعتبر وصية ، ويبقى المتصرف مالكا للعين ملكية كاملة مدة حياته ، ويجوز له الرجوع عن التصرف فى أى وقت لأن الوصية يجوز الرجوع فيها . فان مات دون أن يرجع عن الوصية ، آلت العين كاملة للموصى له ، وتسرى سائر أحكام الوصية . وعلى هذا النحو لا تنفصل الرقبة عن الملكية الكاملة ولا يبرز حق الانتفاع فى أى وقت ، لا فى أثناء حياة المتصرف ولا بعد موته . وسواء اعتبر التصرف تصرفا حال الحياة أو اعتبر وصية مستترة ، فانه إذا وقع على عقار وجب تسجيله طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل ، إذ أنه يكون واجب التسجيل فى الحالين .

(الحالة الثالثة) ينقل العقد فيها حق انتفاع تم إنشاؤه من قبل ، ويكون العقد فى هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع (par voie d' aliénation) لا منشئا له . وسنرى [٣] ، عند الكلام فى حقوق المنتفع ، أن لهذا الأخير أن يتصرف فى حق الانتفاع بالبيع والهبة وغير ذلك من أنواع التصرف . ولكن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٠ .

(٢) أنظر استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧١ – ١٨ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٦ .

(٣) أنظر مايلى فقرة ٥٠٥ .

ينتهى حق الانتفاع حتما بموت المتفع الأصلى ، أما موت من تصرف له المنتفع الأصلى فلا ينهى الحق بل ينتقل الحق بموت إلى ورثته ، وهذه صورة خاصة يورث فيها حق الانتفاع [١] . ويبقى المتفع الأصلى ، بالرغم من نزوله عن حق الانتفاع للغير ، ملتزما بجميع التزامات المتفع . ويعد شخصه هو ، لا شخص من تصرف له ، محل الاعتبار فى انتهاء حق الانتفاع بالموت ، فاذا مات انتهى حق الانتفاع ولو بقى المتصرف له حيا . وسنعود لهذه المسألة عند الكلام فى أعمال التصرف التى تصدر من المتفع [٢] .

٤٨٥ – **السبب الثانى – الوصية** : وينشأ حق الانتفاع ابتداء بالوصية ، وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية الا ابتداء [٣] . وكسب حق الانتفاع بالوصية أكثر وقوعا فى العمل من كسبه بالعقد . ويتم ذلك بأحد طريقين : إما بأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين فتبقى الرقبة للورثة ، وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بالعقد بطريق الإنشاء (par voie de constitution) ، أو بأن يوصى مالك العين بالرقبة لشخص معين فيبقى حق الانتفاع للورثة وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention)

وتسرى أحكام الوصية من حيث الشكل ، ومن حيث النصاب الجائز الإيصاء به ، ومن حيث انتقال الحق إلى الموصى له ببقائه حيا بعد موت الموصى ، ومن حيث وجوب التسجيل إذا كانت الوصية واقعة على عقار ، ومن حيث سائر أحكام الوصية . وتحدد الوصية مدة حق الانتفاع على التفصيل الذى ذكرناه فى تحديد المدة بالعقد ، وتقرر حقوق المنتفع والتزاماته على أن تستكمل ذلك بالأحكام الواردة فى القانون ، ويصح أن تعلق الوصية حق الانتفاع على شرط فاسخ أو على شرط واقف أو تقرنه بأجل واقف ، كما يصح أن تقرنه بشروط وتكاليف ومنها جعله غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، وذلك كله على النحو الذى قدمناه فيما إذا كان سبب كسب حق الانتفاع هو العقد .

---

(١) أنظر إسماعيل غانم ص ١٠ .

(٢) أنظر مايل فقرة ٥٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ مدنى ، فيما رأينا [١] ، على ما يأتى :

« ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن » — والمفروض أن الموصى يوصى بحق الانتفاع فى العين لشخصين ، أو أكثر على التعاقب بحيث إذا انتهى حق انتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، نشأ حق انتفاع جديد لا صلة له بحق الانتفاع الأول ولا يعتبر استمرارا له لمصلحة الشخص الثانى ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثانى بانقضاء مدته أو بموت المنتفع الثانى نشأ حق انتفاع ثالث لا صلة له بحق الانتفاع الثانى لمصلحة الشخص الثالث ، وهكذا . وغنى عن البيان أنه كما يمكن الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين على هذا النحو ، يمكن من باب أولى الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص مجتمعين فى وقت واحد ، فيكون حق الانتفاع شائعا بينهم . فاذا كانوا ثلاثة مثلا ، وكانت خصصهم متساوية بحسب الوصية ، كان لكل منهم حق الانتفاع بثلث العين شائعا فى العين كلها . وينتهى حق الانتفاع بالنسبة إليهم جميعا بانقضاء مدته المحددة فى الوصية ، وينتهى حتما بالنسبة إلى الثلث الشائع من العين إذا مات أحد منهم ، فتصبح ورثة الموصى مالكه ملكية كاملة لهذا الثلث ولها ملك الرقبة فى الثلثين الباقيين .

وفى حالة ما إذا كان الإيصاء لأشخاص متعاقبين ، فان الأول منهم يستقل وحده بحق الانتفاع ولا يشاركه الآخرون فيه ، وذلك إلى أن ينتهى هذا الحق . ثم يعقبه حق الانتفاع الثانى ، فحق الانتفاع الثالث ، وهكذا ، كما سبق القول . فاذا كان الأشخاص المتعاقبون ثلاثة ، كان هناك حقوق انتفاع ثلاثة تتوالى وكل منها مستقل عن الحقين الآخرين ، ويكون كل حق منها مستمدا مباشرة من الوصية التى أنشأته لا من حق الانتفاع الذى سبقه . ويترتب على ذلك أن كلا من هؤلاء الأشخاص الثلاثة الموصى لهم يجب أن يكون ، كما تقول المادة ٩٨٥ / ٢ مدنى فيما رأينا ، موجودا على قيد الحياة وقت الوصية ، أو فى القليل يجب أن يكون حملا مستكنا فى هذا الوقت إذ

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٢ .

تجوز الوصية للحمل المستكن (١) . فيكون الموصى قد أوصى بحق الانتفاع مباشرة لكل من هؤلاء الثلاثة وهم موجودون على قيد الحياة وقت أن أوصى ، فأنشأ بذلك ثلاثة حقوق انتفاع مستقلة بعضها عن بعض ، الأول منها منجز ، والثانى مقترن بأجل واقف هو انتهاء الأول ، والثالث مقترن أيضا بأجل واقف هو انتهاء الثانى . وتكون ورثة الموصى ، طوال المدة التى تبقى فيها حقوق الانتفاع الثلاثة المتعاقبة ، مالكين لرقبة العين ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثالث والأخير عادت لهم ملكية العين كاملة .

وشروط وجود الموصى لهم على قيد الحياة وقت الوصية شرط أساسى . وهو الذى يميز هذا التصرف عن الوقف . فى الوقف ينتقل الانتفاع بالعين الموقوفة من مستحق إلى من يليه من المستحقين ، دون أن يشترط وجود جميع المستحقين المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوقف . وهذه هى مزية يختص بها الوقف ، كما يختص فى إنشائه وفى الآثار التى تترتب عليه بأحكام خاصة قررتها الشريعة الإسلامية . أما هنا فنحن فى صدد وصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، فتسرى عليها أحكام الوصية وأحكام حق الانتفاع لا أحكام الوقف . ولو لم يشترط وجود الأشخاص المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوصية ، لأمكن أن تكون هذه الوصية وقفا ، ولأمكن للموصى أن يسلك إلى الوقف عن غير طريقه . ولذلك لا يجوز الإيصاء بحق الانتفاع لشخص معين ، ثم لورثته من بعده دون أن يتعين أشخاص الورثة ودون أن يكونوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، إلا إذا سلك الموصى طريق الوقف لتحقيق هذه الغاية (٢)

---

(١) وقد كانت المادة ٣٢/١٦ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه « لايعطى ذلك الحق (حق الانتفاع) إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهى على كل حال بوفاته إن لم يكن له ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة » . فالنص يشترط ألا يعطى حق الانتفاع إلا لشخص موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، فيقع لبس فيما إذا كانت الوصية به تجوز للحمل المستكن وهل يمكن اعتبار الحمل المستكن شخصاً موجوداً على قيد الحياة . فجاء نص المادة ٢/٩٨٥ من التقنين المدنى الجديد حاسماً لهذه المسألة ، إذ قال صراحة إنه تجوز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن (أنظر عبد المنعم البدراوى فقرة ٢١٦ ص ٢٥٩) .

(٢) وفى الشريعة الإسلامية يشترط فى الموصى له أن يكون معلوماً وأن يكون موجودا عند الوصية إن كان معيناً ، فان لم يكن معيناً كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجوداً عند

٤٨٦ ـ **السبب الثالث ـ الشفعة** : رأينا عند الكلام فى الشفعة أن المادة ٩٣٦ مدنى تنص على ما يأتى : « يثبت الحق فى الشفعة : (١) لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك فى الشيوع ، إذ بيع شىء من العقار الشائع لأجنبى . (ح) ... » . ويظهر فى وضوح أن الكلام هنا عن حق انتفاع قائم قد تم إنشاؤه . فيؤخذ بالشفعة بعد تمام الإنشاء . وتكون الشفعة إذن سببا لكسب حق الانتفاع انتقالا من المنتفع إلى الشفيع . لا سببا لإنشاء حق الانتفاع ابتداء . وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا . والشفعة لا تنشىء حق الانتفاع ، وإنما تنقل حق منتفع إلى منتفع آخر (١) .

فمالك الرقبة ، إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة ، له أن يأخذ حق الانتفاع المبيع بالشفعة ، ومن ثم تكون الشفعة سببا من أسباب كسب حق الانتفاع . وفى هذا الفرض إذا أخذ مالك الرقبة حق الانتفاع بالشفعة ، اجتمع فى يد شخص واحد الرقبة وحق الانتفاع ، فينتهى حق الانتفاع باتحاد الذمة ، ويصبح مالك الرقبة مالكا للعقار ملكية كاملة ، وقد سبق أن فصلنا القول فى ذلك عند الكلام فى الشفعة (٢) .

وإذا كان حق الانتفاع شائعا بين شخصين ، وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبى ، فللشريك الآخر أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة ، ما لم يأخذها مالك الرقبة إذ هو مقدم فى المرتبة ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى الشفعة (٣) . فاذا لم يتقدم مالك الرقبة لأخذ الحصة الشائعة فى حق الانتفاع بالشفعة ، وأخذها الشريك المشتاع ، كانت الشفعة هنا أيضا سببا لكسب جزء شائع فى حق الانتفاع .

= الوصية ولا وقت موت الموصى (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٤) – وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٣ .

وانظر فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٨ ص ٦٣٦ – بودرى وشوفو فقرة ٤٤٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٧ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨١ .

٤٨٧ – السبب الرابع – التقادم : ويقصد بالتقادم هنا التقادم المكسب القصير فى العقار ، وتضاف إليه الحيازة فى المنقول ، وكذلك التقادم المكسب الطويل فى العقار والمنقول .

فالتقادم المكسب القصير فى العقار يكسب به حق الانتفاع المترتب على عقار . ويتحقق ذلك إذا رتب شخص على عقار لا يملكه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر حسن النية ، فاذا بقى هذا الشخص الآخر حائزا لحق الانتفاع خمس سنوات ، فانه يكسبه بالتقادم القصير ، ويكون هذا التقادم إذن سببا فى كسب حق الانتفاع ابتداء ، أى فى إنشاء حق الانتفاع .

وإذا فرض أن هناك منقولا بدلا من العقار ، ورتب عليه غير المالك حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فحيازة هذا الشخص لحق الانتفاع على المنقول بحسن نية يكسبه حق الانتفاع بمجرد الحيازة ، فتكون الحيازة فى هذا الفرض سبباً لكسب حق الانتفاع ابتداء .

أما كسب حق لانتفاع بالتقادم الطويل فيصعب تصور وقوعه عملا . وإذا حاز شخص عقارا أو منقولا وهو سيء النية ، وبقى حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فهو لا يقف بداهة عند القول بأنه إنما حاز حق انتفاع فحسب ، ما دام الباب أمامه مفتوحاً للقول بأنه حاز حق ملكية كاملة ، وأنه كسب ملكية العقار أو المنقول ، لا حق انتفاع فحسب ، بالتقادم الطويل. وتفترض عادة صورة أخرى، فيها يرتب غير المالك على العقار أو المنقول حق انتفاع لشخص سيء النية ، فيبقى هذا الشخص حائزاً لحق الانتفاع مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب هذا الحق ابتداء بالتقادم الطويل (١) . وهذا الفرض أيضاً بعيد الوقوع فى العمل . ويمكن أن نتصور فرضاً أقرب وقوعاً ، هو أن يؤجر صاحب حق الانتفاع حقه ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته لحق الانتفاع الذى استأجره من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستمر حائزاً لحق الانتفاع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب الحق بالتقادم الطويل ، ويكون التقادم هنا سبباً لنقل حق الانتفاع لا لإنشائه ، إذ ينتقل

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٠ – إسماعيل غانم ص ٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢١٦ ص ٢٦٠ .

هذا الحق من صاحبه الأصلى وهو المؤجر إلى المستأجر الذى كسبه بالتقادم .

٤٨٨ – مطالبة المنتفع بحق الانتفاع بعد كسبه : وإذا كسب شخص حق الانتفاع بسبب من أسباب كسبه التى سبق بيانها ، فانه يستطيع أن يطالب بهذا الحق عن طريق دعويين ، الأولى عينية والأخرى شخصية .

فالدعوى العينية تكون للمنتفع ضد أى حائز لحق الانتفاع ، سواء كان هذا الحائز هو الذى أعطى حق الانتفاع للمنتفع أو كان وارثاً له ، أو كان من الغير . فالمنتفع يتتبع حقه فى أى يد كان هذا الحق ، كما يتتبع المالك ملكه . وكما يرفع المالك دعوى الملكية على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الاستحقاق (action en revendication) ، كذلك يرفع المنتفع دعوى حق الانتفاع على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الإقرار بحق الانتفاع action confessoire d'usufriut[١] .

والدعوى الشخصية تعطى للمنتفع إذا كان قد كسب حق الانتفاع بعقد فيطالب من تعاقد معه بدعوى العقد ، أو كسبه بوصية فيطالب الورثة بدعوى الوصية ، أو كسبه بالشفعة فيطالب البائع لحق الانتفاع بدعوى التسليم المستمدة من عقد البيع . والدعوى الشخصية لا تجب الدعوى العينية وإنما توجد إلى جانبها .

ويتسلم المنتفع العين بالحالة التى تكون عليها وقت أن يتسلمها ، وليس له أن يطلب من مالك الرقبة أن يسلمها إياه فى حالة جيدة[٢] . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المنتفع مع مالك الرقبة على أن يسلمه العين فى حالة جيدة[٣] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٢ – وإذا رفع المالك دعوى على الحائز الذى يدعى أن له حق انتفاع على العين ، يتمسك فيها بانكار حق الانتفاع على الحائز ، سميت الدعوى بدعوى إنكار حق الانتفاع action négatoire d'usufruit .

(٢) أنظر المادة ٦٠٠ مدنى فرنسى .

(٣) ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتصرف فى العين لمصلحة خاصة مع الإضرار بمصلحة المنتفع ، فلا يجوز له مثلا أن يبيع العقار المنتفع به لإجراء قسمة التصفية (licitation) ، بحيث يتحول حق المنتفع من العقار إلى مايقابله من الثمن . وإذا تضرر المنتفع من ذلك ولم يقبله ، فان حق انتفاعه على العقار يبقى بالرغم من البيع (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ هامش ٢ مكرر – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٣) .

الفرع الثانى

الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع

المبحث الأول

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع

٤٨٩ ـ نص قانوني : تنص المادة ٩٨٦ مدنى على ما يأتى :

« يراعى فى حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة فى المواد الآتية »[١] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٩ / ٣٨[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل . وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٩١ . وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٥١ . وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[٣] .

ويفهم من هذا النص أن حقوق المنتفع والتزاماته ، وهذه هى الآثار التى تترتب على قيام حق الانتفاع بالنسبة إليه ، ترد عادة فى السند الذى أنشأ حق الانتفاع . فترد فى العقد إذا كسب حق الانتفاع بعقد ، أو فى الوصية إذا كسب بوصية ، أو فى عقد البيع المشفوع فيه إذا كسب بالشفعة . أما إذا كسب حق الانتفاع بالتقادم ، فأعمال الحيازة التى أدت إلى التقادم هى التى تحدد مدى حق الانتفاع الذى كسب بهذا السبب .

وإلى جانب ما يرد فى السند ، توجد أحكام قررها القانون تجب مراعاتها . وأغلب هذه الأحكام لا تعتبر من النظام العام ، فتراعى ما لم يرد

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٤ – ص ٥٣٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٨/١٩ : تراعى فيما يكون لصاحب حق الانتفاع من الحقوق وما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والأصول المقررة فى المواد الآتية . (وحكم التقنين المدنى السابق يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لامقابل .

فى السند ما يخالفها . وبعضها يعتبر من النظام العام فتجب مراعاته حتما ، ويبطل ما يرد مخالفاً له فى السند . والأصل أن الأحكام التى وردت فى القانون ليست من النظام العام ، فيجوز أن يرد فى السند ما يخالفها ويعمل بما ورد فى السند . أما الأحكام التى تعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفتها ، فطبيعتها تنم عليها وتسهل معرفتها .

ونرجع إلى الأحكام التى وردت فى القانون لتحديد آثار قيام حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع ، وهذه الآثار تتمثل فى حقوق تثبت له ، وفى التزامات تترتب فى ذمته . أما الحقوق التى تثبت له ، فترجع كلها إلى ما له على العين من حق عينى هو حق الانتفاع ، فهى تبين مدى هذا الحق . وأما الالتزامات التى تترتب فى ذمته ، فقد تنشأ من سند حق الانتفاع . والالتزامات التى وردت فى الأحكام التى قررها القانون ، وهى التى تعنينا هنا ، تنشأ من واقعة مادية هى أن رقبة العين المنتفع بها فى يد المنتفع ، فيوجب عليه القانون التزامات تهدف إلى المحافظة على العين والعناية بها حتى ترد إلى صاحبها . فهى إذن التزامات مصدرها القانون ، وتترتب فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة .

ونتكلم فى حقوق المنتفع ، ثم فى التزاماته .

المطلب الأول

حقوق المنتفع

٤٩٠ – مدى هذه الحقوق : للمنتفع حق عينى فى العين المنتفع بها هو حق الانتفاع ، ومنه تتفرع جميع الحقوق للمنتفع كما قدمنا .

وحق الانتفاع يجزئ حق الملكية . فهذا الحق الأخير يشتمل على عناصر ثلاثة هى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، يقتطع منها حق الانتفاع العنصرين الأولين وهما الاستعمال والاستغلال . ويبقى العنصر الثالث وهو التصرف لمالك الرقبة .

وما للمنتفع من حق استعمال الشىء المنتفع به وحق استغلاله يوليه على الشىء سلطة تخول له أن يقوم بادارته ، وأن يتصرف فى حق الانتفاع دون حق الرقبة ، وأن يباشر ما يقتضى كل ذلك من الدعاوى .

فنتكلم فى حق المنتفع فى استعمال الشىء واستغلاله ، ثم فى مدى سلطة المنتفع على الشىء المنتفع به .

§ ١ ـ حق المنتفع فى استعمال الشىء واستغلاله

٤٩١ ـ حق المنتفع فى استعمال الشىء : وللمنتفع الحق فى استعمال الشىء المنتفع به على النحو الذى يستعمل به المالك ملكه ، فقد حل المنتفع بموجب حق الانتفاع محل المالك فى استعمال الشىء . فله إذن أن يستعمل الشىء فى كل ما أعد له ، وفى كل ما يمكن أن يستعمل فيه . وعلى ذلك يستطيع أن يستعمل الشىء استعمالا شخصياً ، فاذا كان داراً كان له أن يسكنها ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يتقلدها [١] . ولكنه ، على خلاف المالك ، لا يستطيع أن يصل فى الاستعمال إلى حد استهلاك الشىء أو إتلافه ، فانه ملزم بالمحافظة عليه لرده بعد انتهاء حق الانتفاع [٢] . ويتقيد المنتفع ، كما يتقيد المالك ، بالقيود التى فرضها القانون فى استعمال الشىء . فلا يجوز أن يفتح مطلا على الجار إلا فى المسافة التى حددها القانون ، ولا أن يستعمل العقار الذى ينتفع به استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضررا غير مألوف .

وكما يجوز للمنتفع أن يستعمل الشىء ذاته ، يجوز له أيضاً أن يستعمل ملحقاته . فله أن يستعمل حقوق الارتفاق التابعة للأرض المنتفع بها ، من

---

(١) وإذا كان الشىء المنتفع به أرضاً زراعية ، كان له أن يزرعها بنفسه أو بواسطة غيره ، ولكن هذا يكون استغلالا لا استعمالا . وللمنتفع الحق فى الصيد والقنص فى الأرض المنتفع بها هو وغيره ممن يدعوهم لذلك ، ويكون هذا استعمالا . وذلك مالم يكن المالك قد سبق له إيجار الحق فى الصيد والقنص ، فيجب عندئذ على المنتفع احترام عقد الإيجار ، ولكن يكون له الحق فى الأجرة طول مدة الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٨) .

(٢) وقد لا يستعمل المنتفع الشىء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل ، كأن يستضيف بعض ذويه للإقامة فى الدار التى ينتفع بها ، أو يعير السيارة التى له فيها حق الانتفاع . أما إذا نزل عن الاستعمال للغير بمقابل ، فان هذا يكون استغلالا لا استعمالا (أنظر فى حق الاستعمال المخول للمالك الوسيط ٨ فقرة ٢٩٩) . وقد قدمنا أنه إذا كان الشىء المنتفع به قابلا للاستهلاك كما هو الأمر فى شبه حق الانتفاع ، انتقلت ملكية الشىء إلى المنتفع ، وجاز له استهلاكه والتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧) .

شرب ومجرى ومسيل ومرور وغير ذلك [١] . وله كذلك أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشيء ، سواء اعتبرت عقارات بالتخصيص أو لم تعتبر ويمتد حقه إلى مايتراكم من الطمى بطريقة تدريجية غير محسوسة ملاصقة للأرض المنتفع بها (alluvion) إذ تصبح الأرض المتكونة من هذا الطمى ملكاً لمالك الأرض (م ٩١٨ مدنى) [٢] فيشملها حق الانتفاع . أما طرح النهر والجزائر التى تتكون فى مجراه ، فلا يتناولها حق الانتفاع لأنها لا تصبح ملكاً لمالك الأرض ، بل تخضع لقوانين خاصة (م ٩٢١ مدنى) [٣]

٤٩٢ – حق المنتفع فى استغلال الشيء : ويخول حق الانتفاع للمنتفع أن يستغل الشيء ، والحق فى الاستغلال هو الذى يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكنى حيث لا يجوز فيهما للمنتفع أن يستغل الشيء . والاستغلال قد يكون مباشراً ، كأن يزرع المنتفع بنفسه الأرض التى ينتفع بها ويجنى ثمارها . وقد يكون غير مباشر ، عن طريق جعل الغير يجنى ثمار الشيء ويدفع للمنتفع مقابلا لذلك . فالمنتفع بمنزل يؤجره للغير ، فيجنى ثماره فى صورة الأجرة . والمنتفع بأرض زراعية يؤجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضا وهذه هى غلة الأرض . وقد يؤجر المنتفع الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة

---

(١) وتنص المادة ٩٤٣ من التقنين المدنى السورى على ما يأتى : « للمنتفع حق الاستعمال القائم باستخدام العقار لاستمتاعه الذاتى ، أو لصالحه الشخصى . ويكون هذا الحق شاملا شمول حق مالك العقار ، ويدخل فى ذلك استعمال حقوق الارتفاق ، وكذلك حق الصيد والقنص ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الانتفاع » . وتنص المادة ٣٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أن «للمنتفع حق الاستعمال ، أى استعمال العقار لمنفعته الذاتية أو لمصلحته الشخصية . ويذهب هذا الحق إلى الحد الذى يذهب إليه حق صاحب الملك ، ويشمل حق استعمال الارتفاق وحق الصيد والقنص ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الارتفاق » .

وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٥١٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩٥ – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٠ – ص ٦٦١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٩ .

إليه ، دون أن يقوم هو نفسه بالزراعة (١) . ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر حتى بعد انتهاء الإيجار فلا يستطيع طلب الإخلاء إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعى من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر فى الأرض . وفى المزارعة لايجوز للمنتفع أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل (٢) .

٤٩٣ – حق المنتفع فى الاستغلال يجعل له الحق فى الثمار – نص قانونى : وقد رأينا مما تقدم أن حق المنتفع فى استغلال الشىء المنتفع به يتفرع عنه حقه فى الحصول على ثماره . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٨٧ مدنى إذ تقول :

« تكون ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » (٣) .

---

(١) وقد يستغل المنتفع المياه المعدنية الموجودة فى الأرض التى ينتفع بها ، بأن يبيعها ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة للأرض . أنظر فى استغلال المالك لملكه الوسيط ٨ فقرة ٣٠٢ .

(٢) وقد يضع القانون قيوداً على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التى يجب أن تزرع قطناً ، ويحظر زراعة الأرز إلا فى مناطق معينة . وإذا أراد المنتفع استغلال محل مقلق للراحة أوضار بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والحصول على ترخيص إدارى . كذلك إذا أراد المنتفع استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدلياً مؤهلا ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال . أنظر فى القيود التى ترد على استغلال المالك لملكه الوسيط ٨ فقرة ٣٠٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تكون ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انتفاعه ، كما أن للمنتفع الحق فى الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير ، أما الثمار التى تكون قائمة وقت انتهاء حق الانتفاع فهى من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه» . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا جعلها مطابقة لما إستقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمها ١٠٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٥–ص ٥٣٧) .–

وقد سبق أن ميزنا بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) . فالثمار هى ما ينتجه الشيء من غلة دورية متجددة . وهى مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه . والمنتجات هى ما يخرج من الشيء فى أوقات متقطعة غير منتظمة ، فهى على خلاف الثمار غير دورية ولا متجددة ، وتمس أصل الشيء وتنتقص منه [١] . وسبق أيضاً أن قسمنا الثمار إلى ثمار طبيعية ، وثمار صناعية أو مستحدثة ، وثمار مدنية [٢] .

= ولامقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٤٤ : ١ – للمنتفع الحق بثمار العقار ، أى بالحاصلات الطبيعية أوالنقدية التى يغلها العقار فى فترات معينة منتظمة بدون أن تنقص تلك الثمار شيئاً من جوهر العقار ، ويدخل فى هذه الحاصلات بدل تأجير حق الصيد والقنص . ٢ – ويدخل فى حكم الثمار حاصلات المناجم المكشوفة والمناجم المستورة والمقالع ، إذا كانت هذه الحاصلات عائدة لمالك العقار ، بشرط أن يكون المنجم أوالمقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع ، والأشجار إذا كانت تغل بآجال منتظمة لاستهلاك حطبها أو بيعها .

م ٩٤٥ : ١ – فى بدء الانتفاع وعند نهايته ، يصير توزيع الثمارالتى لم تكن قد جمعت بعد أو ماكان منها باقياً بدون جمع بين المنتفع ومالك العقار بنسبة المدة التى كان فيها حق الانتفاع قائماً والمدة التى لم يكن قائماً فيها ، مع مراعاة مدة الإنتاج السنوية أوغير السنوية المقابلة للثمار . ٢ – ليس لمالك العقار على المنتفع ، ولا للمنتفع على مالك العقار ، حق استرداد شيء من نفقات الحراثة ، وإنما يحسب له ثمن الأسمدة والبذار التى تكون قد استعملت لتحضير الثمار النائمة على الأرض عند ابتداء الانتفاع أوعند نهايته .

(والتقنين السورى اتبع طريقة معقدة فى توزيع الزرع القائم وقت بداية الانتفاع أو عند نهايته بين المالك والمنتفع) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٢ : للمنتفع أن يستعمل الشيء المنتفع به وتوابعه ، وله أن يستولى على ثماره مدة انتفاعه . وله نتاج المواشى ، وعليه أن يعوض منها ما نفق من الأصل . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤٠ (مطابقة للمادة ٩٤٤ مدنى سورى وقد أخذت هذه المادة الأخيرة منها) .

م ٤١ (مطابقة للمادة ٩٤٥ مدنى سورى وقد أخذت هذه المادة الأخيرة منها) .

(وقد أخذ التقنين السورى من القانون اللبنانى ، وماقيل هناك يقال هنا) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ – وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ – فقرة ٣٦٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

والأصل أن يكون للمنتفع الحق فى الثمار ، لا فى المنتجات . ويكون له الحق فى جميع الثمار ، سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية . ويدخل فى الثمار المدنية ، فتكون من حق المنتفع ، فوائد رؤوس الأموال ، سواء نتجت عن قرض ، أو عن إيراد مرتب ، أو عن أسهم أو حصص فى الشركات ، فتكون أرباحها للمنتفع . ويستحق المنتفع الثمار ، كما تقول المادة ٩٨٧ سالفة الذكر « بنسبة مدة انتفاعه » .

فاذا كانت الثمار مدنية ، كان من اليسير حساب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار . ففى أجرة الدار مثلا ، يستحق المنتفع الأجرة شهراً فشهراً إذا كان ميعاد استحقاقها شهرياً . فاذا بدأ حق الانتفاع فى اليوم السادس عشر من الشهر مثلا ، كان ما يستحقه هو أجرة باقى أيام الشهر ثم أجرة الشهور التالية إلى أن ينتهى حق الانتفاع . فاذا انتهى فى اليوم العاشر من الشهر مثلا ، استحق المنتفع عن هذا الشهر الأخير أجرة عشرة الأيام التى انتهى بانقضائها حقه .

أما إذا كانت الثمار طبيعية أو صناعية ، فقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٨٧ مدنى سالفة الذكر تنص على أن للمنتفع الحق فى الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير ، أما الثمار التى تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهى من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه » . وبحسب هذا النص يكون للمنتفع الحق فى الثمار الطبيعية والصناعية ما كان قائماً منها فى الأرض وقت بدء الانتفاع ، على أن يرد للمالك ما سبق له أن أنفقه فى إنتاج هذه الثمار ، ثم يكون له الحق فيما يتجدد من هذه الثمار طول مدة الانتفاع ، وهو الذى ينفق طبعاً على إنتاجها . فاذا انتهى حق الانتفاع ، وكان فى الأرض زرع قائم وقت انتهاء الحق ، فالزرع للمالك ، وعليه أن يرد للمنتفع ما سبق له أن انفق فى إنتاجه (١) . ولكن المشروع

---

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فلا يجعل المالك يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم فى الأرض وقت بدء حق الانتفاع ، ولا يجعل المنتفع يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم فى الأرض وقت انتهاء حق الانتفاع ، فكأنه يجعل ما أنفق المالك قصاصاً فيما أنفق المنتفع . وهذا يصح لو أن هناك زرعاً قائماً وقت انتهاء حق الانتفاع بقدر الزرع الذى كان قائما وقت بدء الانتفاع . ولكن يقع كثيراً أن الأمر لايكون على هذا النحو ، فيخسر المالك أو يخسر المنتفع بحسب الأحوال (انظر م ٥٨٥ مدنى فرنسى – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٠ ص ٧٧٤) . أما الثمار المدنية فتكسب يوماً يوماً فى التقنين الفرنسى ، كما هو الأمر فى التقنين المصرى (انظر م ٥٨٦ مدنى فرنسى) .

التمهيدى لنص المادة ٩٨٧ مدنى عدل فى لجنة المراجعة ، واستقر نهائياً على ما هو عليه من أن « ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه » ، وذلك سواء كانت الثمار مدنية أو صناعية أو طبيعية [١] . فأصبح من المتعين أن تكون الثمار الطبيعية والصناعية مستحقة للمنتفع « بنسبة مدة انتفاعه »[٢] . فاذا لم يكن فى الأرض زرع قائم لا وقت بداية حق الانتفاع ولا عند نهايته ، وتولى المنتفع زراعة الأرض طول مدة الانتفاع ، فهو الذى ينفق على إنتاجه ، ويكون الزرع له . وإذا كان فى الأرض زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع ، فقد أحالت المادة ٩٨٧ مدنى سالفة الذكر فى شأنه إلى المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى وتنص على ما يأتى : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن » . فالنص يقضى بأن تترك الأرض للمنتفع بالرغم من انتهاء حق الانتفاع إذا كان فيها

---

(١) أنظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) وكان نص المشروع التمهيدى يقضى بما قدمناه فى المتن ، ولم يراع ما تقضى به المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى فيما إذا وجد زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع . وقد استدركت المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى هذا السهو ، وذكرت أن الثمار إذا كانت طبيعية أو صناعية فللمنتفع « القائم منها وقت بدء الانتفاع ، دون اخلال بحقوق الغير كما إذا كانت الثمار قد ألحقت بالعقار ، على أن يرد إلى مالك الرقبة ما أنفقه . وله أيضاً ما قبض منها طول مدة الانتفاع ، أما القائم عند نهاية الانتفاع فيراعى فيه الحكم الوارد فى المادة ١٢٤٨ فقرة ثانية ، فتترك الأرض للمنتفع أو الورثة إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة المثل عن هذه الفترة من الزمن . ويجب تعديل المادة ١٢٤١ حتى تؤدى هذا المعنى فتستقيم النصوص ، ولا تتعارض المادة ١٢٤١ (م ٩٨٧ مدنى) مع المادة ١٢٤٨ / ٢ (م ٩٩٣ / ٢ مدنى) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ – ص ٥٣٧) . والذى وقع أن لجنة المراجعة عدلت المادة ٩٨٧ مدنى بحيث جعلتها متسقة مع المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى فى حالة الزرع القائم عند نهاية مدة الانتفاع كما تشير المذكرة الإيضاحية ، ولكنها تركت حالة الزرع القائم عند بداية الانتفاع إلى حكم القاعدة العامة وهى استحقاق المنتفع لهذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » ، ولم تراع ما كان ينبغى من التنسيق بين حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع وحكم الزرع القائم عند نهاية هذا الحق . وهذا التنسيق كان يقتضى ، فى حالة حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع ، أن تترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، على أن يدفع المالك فى مقابل ذلك للمنتفع أجرة الأرض فى المدة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

زرع قائم ، وذلك إلى أن يدرك الزرع . وفى مقابل ذلك يدفع المنتفع للمالك أجرة مثل الأرض فى الفترة من الزمن ما بين انتهاء حق الانتفاع وإدراك الزرع . ولم يرد نص مماثل فيما إذا كان فى الأرض زرع قائم وقت بداية حق الانتفاع ، وكل ما تقوله المادة ٩٨٧ مدنى فى هذا الفرض أن المنتفع يستحق من هذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » . وهذا يقتضى أن نحسب المدة التى بقى فيها الزرع فى الأرض ، وهى مده بعضها سابق على بداية حق الانتفاع وبعضها لاحق ، ويكون الزرع شركة فيما بين المالك والمنتفع ، المالك بنسبة المدة السابقة على بداية حق الانتفاع ، والمنتفع بنسبة المدة اللاحقة ، على أن يساهم المنتفع فى تكاليف البذر والسماد والعمل بنسبة مدة انتفاعه [١] . وكان من الخير أن يقاس هذا الفرض الذى نحن بصدده على الفرض الذى يكون فيه زرع فى الأرض قائم عند انتهاء حق الانتفاع ، فتترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، ويدفع المالك للمنتفع فى مقابل ذلك أجرة مثل الأرض فى الفترة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

٤٩٤ – استعراض بعض حالات عملية لحق المنتفع فى الاستغلال :

وقبل أن ننتهى من الكلام فى حق المنتفع فى الاستغلال ، نستعرض بعض حالات عملية لهذا الحق ، اثنتان منها ورد فيهما نص فى التقنين المدنى وهما حالتا حق الانتفاع بقطيع من المواشى وحق الانتفاع بعقار عثر فيه على كنز ، واثنتان أخريان لم يرد فيهما نص وهما حالتا حق الانتفاع بالمتجر وحق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات [٢] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢٨ ص ٢٧١ – اسماعيل غانم ص ١١ – وقارن محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٢١٩ .

(٢) وقد زخرت نصوص التقنين المدنى الفرنسى المتعلقة بحق الانتفاع بكثير من الحالات التى ألفها التعامل فى فرنسا ، ويندر وجودها فى مصر . من ذلك نصوص كثيرة تتعلق بحق الانتفاع بالغابات والأشجار وهى منتشرة فى فرنسا ، ومن ذلك أيضاً نص يتعلق بالمناجم والمحاجر وقد أصبح نادر التطبيق بعد صدور تشريعات خاصة فى فرنسا وفى مصر تنظم استغلال المناجم والمحاجر . ونقف من هذه النصوص عند نص يتعلق بحق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة ، فقد نصت المادة ٥٨٨ مدنى فرنسى على أن « حق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة يجعل الحق للمنتفع فى أن يتقاضى أقساط المرتب أثناء المدة التى يبقى فيها حق الانتفاع ، دون أن يكون ملزماً برد

٤٩٥ — حق الانتفاع بقطيع من المواشي : ورد في حق الانتفاع بقطيع من المواشي نص ، هو العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٢ / ٢ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « وله (للمنتفع) نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء » . وكان التقنين المدني السابق يشتمل على نص مماثل ، فكانت المادة ٢٣ / ٤٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « الزيادة التي تحصل من نتاج المواشي تكون للمنتفع . وإنما بعد أن يستعوض من النتاج ما نفق من الأصل بآفة سماوية » . ويؤخذ من هذه النصوص أن القطيع من المواشي إذا ترتب عليه حق انتفاع ، وجب أن ينظر إليه كمجموع من المال ذي وجود فعلي (univer salité de fait) كالمتجر ، لا كأفراد من رؤوس الغنم كل فرد منها مستقل عن الأفراد الأخرى (ut singuli)[1] .

ويترتب على ذلك أن المنتفع يكون له ثمار هذا القطيع من المواشي كمجموع ، فينتفع بألبانها وبأصوافها وبتسميدها للأرض . ويكون له فوق ذلك نتاج هذا القطيع ، وإذا كان هناك خلاف في الرأي فيما إذا كان نتاج

= شيء ما » . والحكم الذي أورده هذا النص يجسم إشكالا من الصعب حله . فالمنتفع بالإيراد ينحصر حقه ، طبقاً للقواعد العامة ، في أن يتقاضى فوائد هذا الإيراد مدة بقاء حق الانتفاع . ولما كان الإيراد هو مجموع أقساطه ، وهذا المجموع لا تمكن معرفته إلا عند موت صاحب الإيراد ، فكان ينبغي انتظار موت هذا الأخير حتى يعرف مجموع أقساط الإيراد ، وإعطاء المنتفع فوائد هذا المجموع من الأقساط طوال المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع . وليس هذا بالحل العملي ؟ لذلك لجأ المشرع الفرنسي إلى شيء من التحكم » وقضى بإعطاء المنتفع أقساط المرتب التي حلت وقت بقاء حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ ص ٧٧٠) . ولا يوجد في مصر نص مماثل لنص التقنين المدني الفرنسي سالف الذكر ، ولا يمكن الأخذ بالحل الذي ورد في التقنين المدني الفرنسي دون نص . فلا مناص من القول بأن صاحب الإيراد يقبض الأقساط ، ويعطي للمنتفع الفوائد بالسعر القانوني ، لا للأقساط التي حلت فحسب ، بل لجميع رأس المال الذي دفع مقابلا للإيراد أو الذي كان يجب دفعه في حالة ما إذا رتب الإيراد دون مقابل (انظر في هذا المعنى بودري وشوفو فقرة ٥٩٧ ص ٣٩٠ – وانظر حلا آخر في كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٠٨١ ص ٨٧٥) .

[1] أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ – بودري وشوفو فقرة ٧٢٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

الحيوان يعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات [١] ، فان نص المادة ٩٩٢ / ٢ مدنى سالف الذكر صريح فى أن نتاج المواشى ، سواء اعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات ، يكون للمنتفع . ولكن النتاج لا يخلص له كاملا ، بل عليه أولا أن يعوض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجىء حتى يستكمل القطيع عدده . وهذا يدل على أن النتاج مندمج فى مجموع القطيع ، وأن ما يستحدثه القطيع يعوض ما فقده ، ولا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقى من النتاج بعد إجراء هذا التعويض . ولا يشترط أن يكون التعويض من النتاج الذى يوجد بعد نفوق ما نفق من الأصل ، بل يكون التعويض أيضاً من النتاج الذى وجد قبل ذلك ، بل من ثمن هذا النتاج إذا كان المنتفع قد تصرف فيه وقت أن كان أصل القطيع كاملا [٢] . أما إذا كان ما نفق من القطيع لم ينفق بحادث مفاجىء ، بل بخطأ الغير ، كان هذا الغير هو المسئول عن التعويض . وإذا كان النفوق بخطأ المنتفع نفسه ، كان هذا مسئولا عن التعويض كاملا ولو زاد ما نفق على مقدار النتاج ، ولا يقف التعويض عند حدود مقدار النتاج كما هو الأمر فيما إذا كان النفوق بحادث مفاجىء . وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجىء أو بمرض لا يد للمنتفع فيه ، لم يكن المنتفع ملزماً أن يرد للمالك إلا ما بقى نافعاً بعد نفوق القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المنتفع قد تصرف فيها أو استهلكها (م ٦١٦ مدنى فرنسى) . وللمنتفع أن يتصرف فى أفراد الماشية إذا أصبحت غير صالحة لما أعدت له من نتاج أو ألبان ، على أن يعوض ما تصرف فيه منها بالنتاج أو ثمنه على النحو الذى قدمناه فى تعويض ما نفق من الماشية بحادث مفاجىء [٣] .

وإذا كان القطيع من المواشى ملحقاً بأرض زراعية ، وجب أن يعتبر القطيع تابعاً للأرض . وعلى ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشى إلا بعد أن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ – الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ وفقرة ٣٦٤ ص ٥٩٠ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ وهامش ١٦ آ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٧ ص ٨٦٤ – عكس ذلك بودرى وشوفو فقرة ٧٢٤ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

يعوض منها ، ليس فحسب ما نفق من القطيع على النحو المتقدم ، بل أيضاً بعد أن يعزز القطيع بالنتاج بحيث يكون القطيع دائماً صالحاً لمواجهة مايقتضيه استغلال الأرض الزراعية وما تتطلبه حاجاتها [١] .

٤٩٦ ــ حق الانتفاع بعقار عثر فيه على كنز : هنا أيضاً ورد نص هو المادة ١/٨٧٢ مدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يكشف ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » . وقد قدمنا عند الكلام فى الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية ، أنه إذا ترتب على العقار حق انتفاع ، وعثر شخص على كنز فى العقار ، فان الكنز لا يكون للمنتفع ، إذ الكنز لايعتبر ثمارا للعقار ، بل هو لا يعتبر جزءاً من العقار ، بل هو مال مستقل عنه ، ولايصله بالعقار إلا أنه مال مدفون أو مخبوء فيه [٢] . وعلى ذلك يكون الكنز كله لمالك الرقبة ، حتى لو كان من عثر على الكنز ، مصادفة أو بعد بحث ، هو المنتفع نفسه . ذلك أن العثور على الكنز لا يخول من عثر عليه ، فى القانون المصرى ، أى حق فى الكنز [٣] .

٤٩٧ ــ حق الانتفاع بالمتجر : ويعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعا من المال ذا وجود فعلى (universalité de fait) ، كما رأينا فى القطيع من الغنم . ذلك أن المتجر لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، ولا يكون ذمة مالية مستقلة بل يدخل فى عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم لا يكون لهذا المجموع وجود قانونى ، بل ليس له إلا وجود فعلى كما سبق القول . ويشتمل المتجر كمجموع من المال على عناصر مختلفة : منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق فى الإيجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . وقد صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٠ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦١ .

(٣) انظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ١١ .

المحال التجارية ورهنها ، وهو يجيز بيع المتجر ورهنه كمجموع من المال ، تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى [١] .

ويجوز قياساً على ذلك أن يترتب حق انتفاع على المتجر ، باعتباره مجموعاً من المال . ويقع حق الانتفاع على هذا المجموع ، لا ما يشتمل عليه من العناصر مستقلة بعضها عن بعض ، لأن هذه العناصر تفنى فيه ويصبح للمتجر كيان مستقل عن عناصره . فلو كان فى هذه العناصر أشياء قابلة للاستهلاك كالبضائع ، فانها لا تجعل المتجر كمجموع شيئاً مادياً قابلا للاستهلاك تبعاً لها ، بل هى التى تفنى فى المتجر كما قدمنا ، ويكون المتجر بالرغم من وجود هذه الأشياء فيه مالا غير مادى . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع بالمتجر لا يكون شبه حق انتفاع كما يكون حق الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك ، فلا تنتقل ملكية المتجر إلى المنتفع كما تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك للمنتفع فى شبه حق الانتفاع . وعلى ذلك لا يجوز للمنتفع أن يبيع المتجر لأنه لا يملكه ، وإنما يجوز له أن يبيع حق الانتفاع به فحسب ، ولا يجوز لدائنى المنتفع أن يحجزوا إلا على حق الانتفاع بالمتجر ، فتبقى رقبة المتجر خارجة عن الحجز ، وإذا أفلس المنتفع فلا يدخل فى التفليسه إلا حق الانتفاع بالمتجر [٢] .

ويكون للمنتفع بالمتجر الحق فى ثماره ، أى فى الحصول على أرباحه (bénéfices) ، ولكن يجب عليه أن يخصم جزءاً من الأرباح يخصصه للتعويض عن استهلاك الآلات وغيرها من المهمات ، إذ هو ملزم بالمحافظة عليها وتجديدها . ويجب أيضاً أن يخصم جزءاً آخر من الأرباح يخصص احتياطياً للمتجر ، ويستخدمه فى التقدم بالمتجر وفى توسيعه ، إذا كان هذا الإجراء الاحتياطى هو ما جرى عليه مالك المتجر [٣] .

ويتولى المنتفع بالمتجر إدارته . وإذا قصر فى ذلك جاز للمالك أن يطلب بيع المتجر [٤] . ويجوز للمنتفع ألا يتولى الإدارة بنفسه ويكلها إلى غيره .

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ١١١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ هامش ٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٧ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ، فقرة ١٠٦٦ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٩ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٢ – بودرى وشوفو فقرة ٤٨٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨

بل يجوز له أن يؤجر المتجر . أو أن يبيع حق انتفاعه به . وإدارة المتجر تتضمن الحق فى بيع البضائع وشراء غيرها لبيعه . كما هو المألوف فى إدارة المتاجر . ولا يرجع ذلك إلى أن المنتفع قد تملك هذه البضائع باعتبارها شيئاً قابلا للاستهلاك . وإنما يرجع إلى أن بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها داخل فى نطاق سلطته فى إدارة المتجر [1] . ويدخل أيضاً فى نطاق سلطته فى الإدارة أن يتعهد الآلات والمهمات بالصيانة . وأن يبيع ما أصبح غير صالح منها أو صار قديماً لا يساير حركة التقدم . وأن يجدد ما يلى من هذه المهمات وأن يشترى ما أصبح المتجر فى حاجة إليه من آلات ومهمات حديثة صالحة .

٤٩٨ – حق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات : السهم فى شركات المساهمة . أو الحصة فى بعض الشركات الأخرى كالشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات التوصية وشركات التضامن . يغل ريعاً يتفاوت بتفاوت أرباح الشركة . أما السند فهو دين على الشركة . ويكون صاحبه دائناً للشركة بمقدار قيمته الاسمية . وهو يغل ربحاً ثابتاً هو نسبة مئوية معينة من هذه القيمة الاسمية تعتبر فوائد لرأس المال الذى يمثله السند . فاذا ترتب حق انتفاع على سهم أو حصة أو سند . كان للمنتفع أن يتقاضى ما يغله السهم أو الحصة من ريع أو ما يدفع للسند من فوائد [2] .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢٢ – اسماعيل غانم ص ٨ – كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٦ (ويذهبون إلى أن المنتفع يبيع البضائع ويحل محلها غيرها بموجب الحلول العينى) – وقارن مازو فقرة ١٦٥٣ (ويذهبون إلى أن المنتفع يبيع البضائع لأنها قابلة للاستهلاك فيملكها كما فى شبه حق الانتفاع) .

(٢) ويلاحظ أن الشركة . عندما تحدد الأرباح التى توزعها على المساهمين أو على أصحاب الحصص ، تحتجز أولا من الأرباح الصافية التى حققت جزءاً تخصصه لاستهلاك الآلات والمهمات ولتجديدها ، ثم تحتجز جزءاً آخر تجعله احتياطياً تواجه به الظروف المختلفة التى تمر بالشركة . وتخصص فى نهاية الأمر ، طبقاً لنظام الشركة ، الجزء من الأرباح الصافية التى توزعه على المساهمين أو أصحاب الحصص فاعبرة بهذا الجزء الأخير المخصص للتوزيع ، وهو الذى يمكن اعتباره ثماراً . وكما أن المالك لا حق له إلا فى هذا الجزء ، كذلك المنتفع لا يتقاضى إلا هذا الجزء ثماراً للسهم أو الحصة ، شأنه فى ذلك شأن المالك نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١ ص ٧٨) .

وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة فى شركة أخرى . اعتبر هذا جزءا من رأس المال لا من الربع ، ويكون لمالك الرقبة ، وتكون فوائده فقط للمنتفع [١] .

وإذا ربح السهم أو السند جائزة ، فهى لمالك الرقبة لأنها تعتبر جزءاً من رأس المال ، وليس للمنتفع إلا فوائدها هذه الجائزة [٢] .

§ ٢ـ مدى سلطة المنتفع على الشىء المنتفع به :

٤٩٩ ـ أعمال الإدارة وأعمال التصرف ومباشرة الدعاوى : وحتى يتمكن المنتفع من الانتفاع بالشىء على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فان له أن يقوم بالنسبة إلى هذا الشىء بأعمال الإدارة اللازمة لهذا الانتفاع [٣] وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف . ولكن بالنسبة إلى حق الانتفاع وحده دون الرقبة فانه لا يملكها . وله أخيراً أن يباشر من الدعاوى ما هو متعلق بحق الانتفاع نفسه ، وما هو متعلق بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٢ ص ٧٨٥ – وقد تصدر الشركة أسهما جديدة لزيادة رأس المال ، وتضيف علاوة (primc) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم فى الاحتياطيات القديمة للشركة وهى الاحتياطيات التى تكونت من أرباح السنين السابقة . فهذه العلاوة لا تعتبر ريعاً ، بل هى جزء من رأس المال . فاذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق المالك ، وليس للمنتفع إلا فوائد هذا النصيب (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٣) . كذلك إذا أرادت الشركة زيادة رأس المال ، وأعطت للمساهمين القدامى الأفضلية فى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة ، فان هذا الحق يكون لمالك الرقبة دون المنتفع . ولا يجوز للمنتفع أن يكتتب فى الأسهم الجديدة إذا امتنع مالك الرقبة من الاكتتاب فيها ، لأن الحق فى الاكتتاب لا يتصل بالريع وإنما يتصل برأس المال (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٤) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٥ .

(٣) ويمكن أن نتصور انقطاع سلطة الإدارة من المنتفع وابقائها لمالك الرقبة ، ولا يكون للمنتفع إلا غلة الشىء المنتفع به دون أن يتدخل فى إدارة هذا الشىء (انظر فى ذلك كاربونييه ص ١١٥) .

١ - أعمال الإدارة

٥٠٠ - **الإيجار** : من أهم أعمال الإدارة الإيجار [١] . فللمنتفع أن يؤجر الشيء المنتفع به لاستثماره والحصول على أجرته ، والأجرة هي الثمار المدنية كما سبق القول . وقد نصت المادة ٥٦٠ مدنى على أن الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضى بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة»[٢]. وقد قدمنا عند الكلام فى الإيجار [٣] أن للمنتفع أن يؤجر الشيء المنتفع به ، ولا حد لمدة الإيجار إلا المدة التى يبقى فيها حق الانتفاع قائماً . فاذا كانت مدة حق الانتفاع اثنتى عشرة سنة مثلا ، جاز للمنتفع أن يؤجر الشيء لأية مدة ، بشرط ألا تجاوز اثنتى عشرة سنة وألا تجاوز فى الوقت ذاته حياة المنتفع . فيؤجرها لسبع سنوات مثلا ، أو عشر سنوات ، أو اثنتى عشرة سنة ، فلا يتقيد بمدة ثلاث سنوات ، وهى الحد الأقصى لمدة الايجار الذى يعقده من يدير مال غيره (م ٧٠١ مدنى) . ذلك بأن المنتفع لا يدير الشيء المنتفع به نائباً عن الغير ، وإنما يستعمل حقه الأصيل فى الانتفاع . فاذا فرضنا أن المنتفع آجر الشيء لمدة عشر سنوات مثلا ، وبقى حياً طوال هذه المدة ، فان الإيجار يبقى قائماً إلى انقضاء عشر سنوات . أما إذا مات بعد انقضاء سبع سنوات مثلا ، فان الإيجار ينتهى بموته لزوال حق الانتفاع بالموت .

---

(١) وقد قضت المادة ٧٠١ / ٢ مدنى على أنه « يعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ، كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله » . وسنقف ، من أعمال الإدارة التى تصدر من المنتفع ، عند الإيجار وبيع المحصول واستيفاء الحقوق وحضور جلسات الجمعيات العامة للشركات . أما الأعمال الأخرى ، فيكفى الإحالة فيها إلى القواعد العامة .

(٢) أما إذا كان المالك قد آجر العين ، فان الإيجار يسرى فى حق المنتفع إذا كان ثابت التاريخ وسابقاً على بداية حق الانتفاع . وذلك بأن هذا الإيجار يسرى فى حق المشترى (م ٦٠٤ مدنى) ، فأولى أن يسرى فى حق المنتفع . انظر المادة ٩٤٦ مدنى سورى والمادة ٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٣) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٣٧ .

على أنه إذا أقر مالك الرقبة الإيجار . مقدماً أو عند موت المنتفع ، فإن العقد يبقى قائماً مدة ثلاث السنوات الباقية . لا بين المستأجر وورثة المنتفع ، بل بين المستأجر ومالك الرقبة الذى يستعيد الملكية الكاملة بموت المنتفع . وإذا انتهى الإيجار بموت المنتفع قبل انقضاء مدته لأن مالك الرقبة لم يقر الإيجار ، لم يحكم على المستأجر بالإخلاء فوراً ، بل يجب على المالك أن ينبه عليه بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى . وإذا كانت العين أرضاً زراعية لم يجز انتهاء الإيجار قبل نقل المحصولات ، ولو اقتضى هذا النقل وقتاً أطول من الميعاد المقرر للتنبيه بالإخلاء[1] .

٥٠١ - بيع المحصول : لا شك فى أن بيع المحصول وبيعه هو من صميم أعمال الإدارة ، بالرغم من أن البيع فى ذاته عمل من أعمال التصرف . فللمنتفع أن يجنى محصول الأرض الزراعية وأن يبيعه ، وأن يقبض ثمنه وهو ملك له . وله أن يبيع الزرع وهو لا يزال قائماً ، حتى لو انقضى حق الانتفاع قبل أن يتمكن جنيه . وفى هذه الحالة تسرى أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى ، فيدفع المنتفع أو ورثته أجرة مثل الأرض عن الفترة من الزمن ما بين نهاية حق الانتفاع وبين جنى المحصول لتسليمه للمشترى .

٥٠٢ - استيفاء الحقوق : وللمنتفع أن يستوفى الحقوق التى يكون له حق الانتفاع بها فى مواعيد استحقاقها ، ودياً أو عن طريق القضاء ، وأن يعطى مخالصة بهذه الحقوق . مثل ذلك أن يوصى لشخص بحق الانتفاع بجزء

---

(١) وإذا كان حق الانتفاع مقرراً طول حياة المنتفع ، وآجر هذا الأخير الشيء لمدة سبع سنوات ، ومات بعد خمس سنوات ، انتهى الإيجار بموته . وإذا أقر المالك الإيجار بقى قائماً مدة السنتين الباقيتين ، ولكن بينه وبين المستأجر . وإذا لم يقره ، وجب عليه أن ينبه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى ، مع مراعاة إمهال المستأجر فى الأرض الزراعية لنقل محصول السنة . هذا ويجوز للمنتفع أن يؤجر العين لمالك الرقبة نفسه ، فإذا مات قبل انقضاء مدة الإيجار انتهى الإيجار باتحاد الذمة ، إذ يجتمع عند المالك صفة المستأجر وصفة المؤجر معاً (الوسيط ٦ فقرة ٣٧ ص ٤٨) - وغنى عن البيان أن جميع الأحكام المتقدمة قد تأثرت إلى حد بعيد بالتشريعات الخاصة بإيجار الأماكن وبإيجار الأراضى الزراعية ، وتقضى هذه التشريعات ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة حتى بعد انقضاء مدة الإيجار بحكم القانون .

من مجموع التركة ، وتكون للتركة حقوق فى ذمة مدينها يدخل بعضها فى الجزء الموصى به ، فللمنتفع فى هذه الحالة أن يستوفى هذه الحقوق من مدينى التركة، وليس للورثة أن يعارضوا فى هذا الاستيفاء . وتكون المخالصة التى أمضاها المنتفع حجة عليهم . وليس على مدينى التركة أن يستوثقوا مما إذا كان المنتفع قد قدم كفيلا للورثة ، فان هذا أمر لا يعنيهم وإنما يعنى الورثة أنفسهم . وعندما يقبض المنتفع الحق من المدين ، وهو عادة مبلغ من النقود ، يتحول حق الانتفاع إلى شبه حق انتفاع . فيجوز للمنتفع أن يستغله وأن يتصرف فيه وأن يقبض ريعه ، على أن يرد للورثة مثله عند نهاية حق الانتفاع . ويجوز للورثة فى هذه الحالة أن يطالبوا المنتفع بكفالة تضمن لهم رد رأس المال . وتقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التى يستغل بها المنتفع رأس المال .

وقد يهلك الشىء المنتفع به فيستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين ، وقد تنزع ملكيته فيستحق عنه تعويض عن نزع الملكية . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدنى على أن « ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشىء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشىء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » . وعلى ذلك يحل التعويض عن الهلاك أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية حلولا عينياً محل الشىء المنتفع به . ويكون للمنتفع حق استثماره إلى نهاية حق الانتفاع ، ورده بعد ذلك إلى المالك . فيكون له إذن استيفاء الحقوق سالفة الذكر من المدينين بها واعطاء مخالصة بها ، شأن هذه الحقوق شأن سائر الحقوق التى يستوفيها المنتفع . ويجوز للمالك ، تبعاً لذلك ، أن يطالب المنتفع بتقديم كفالة ، كما تقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التى يستغل بها المنتفع المبالغ التى قبضها[1] .

٥٠٣ - حضور جلسات الجمعيات العامة للشركات : ويعتبر حضور جلسة الجمعية العامة للشركة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية

---

(١) وفيما يتعلق بمبلغ التأمين ، إذا كان المنتفع هو الذى أمن على حق انتفاعه ، فان مبلغ التأمين يكون من حقه وحده ، ولا يلتزم برد شىء منه للمالك ، أما إذا كان التأمين على ملكية الشىء المنتفع لا على حق الانتفاع وحده ، فان مبلغ التأمين يكون من حق المالك ، على أن يكون للمنتفع الحق فى استثماره على النحو الذى قدمناه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٥) .

من أعمال الإدارة . حتى لو كان من بين قرارات هذه الجمعية عملا من أعمال التصرف أو كان من بين قراراتها تعديل نظام الشركة . فالمنتفع بالسهم ، لا مالك الرقبة ، هو الذى له حق حضور جلسات الجمعية العامة [1] .

ب - أعمال التصرف

٥٠٤ - القاعدة العامة : للمنتفع حق عينى على الشىء المنتفع به هو حق الانتفاع ، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة . وعلى ذلك يجوز له التصرف فى حق الانتفاع بجميع أنواع التصرفات ، ولا يجوز له أن يتصرف فى الرقبة . والتصرف فى حق الانتفاع يكون بوجه خاص بالنزول عنه للغير ، أو برهنه ، أو بترتيب حق عينى أصلى عليه فيرتب المنتفع مثلا حق انتفاع على نفس حق انتفاعه . فنستعرض هذه التصرفات المختلفة ، ثم ننتقل إلى عدم جواز تصرف المنتفع فى الرقبة .

٥٠٥ - نزول المنتفع عن حق الانتفاع للغير : يجوز للمنتفع أن ينزل عن حق انتفاعه للغير ، معاوضة أو تبرعا . فيجوز له أن يبيعه ، وأن يقايض عليه ، وأن يجعله حصة له فى شركة ، وأن ينزل عنه لدائنه مقابلا لوفاء الدين ، وأن يهبه . ويجب مراعاة قواعد التسجيل إذا وقع حق الانتفاع على عقار ، ومراعاة الشكل فى الهبة . ولا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع ، لأن الوصية تمليك لما بعد الموت وحق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع .

---

(١) وهذا الحكم متفق عليه فيما إذا كان نظام الشركة يقضى بأن حق الحضور يكون للمنتفع دون المالك ، وفيما إذا كان السهم ليس سهما اسمياً بل هو سهم لحامله . أما إذا كان السهم اسمياً ، ولا يوجد فى نظام الشركة حكم فى المسألة ، فالأمر مختلف فيه . فرأى يذهب إلى أن حق الحضور لا يكون إلا للمالك ، ورأى ثان يذهب إلى أن للمنتفع حق الحضور فى الجمعيات العامة العادية ويحضر المالك فى الجمعيات العامة غير العادية ، ورأى ثالث يذهب إلى وجوب حضور كل من المالك والمنتفع فى الجمعيات العادية وغير العادية وإذا اختلفا فالقضاء يفصل فى الأمر . ويبدو أنه إذا سلم بأن حضور جلسات الجمعية العامة هو عمل من أعمال الإدارة ، فانه يجب القول بأن المنتفع لا المالك هو الذى له حق الحضور فى جميع جلسات الجمعية العامة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٧ ص ٧٩٨ والمراجع التى أشير إليها) .

وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع بوجه من الوجوه المتقدمة . فان من تلقى منه الحق يعتبر مالكا لنفس حق الانتفاع الذى ترتب للمنتفع . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع ينتهى بموت المنتفع لا بموت من تلقى هذا الحق ، وأن المنتفع يبقى ملتزما نحو مالك الرقبة بما يترتب فى ذمته من التزامات شخصية نحوه ولا تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة من تلقى حق الانتفاع . ويكون لهذا الأخير نفس حقوق المنتفع ، إلى أن ينتهى حق الانتفاع بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . لا بموت من تلقى حق الانتفاع كما سبق القول . فاذا مات من تلقى حق الانتفاع قبل موت المنتفع ، وكانت مدة حق الانتفاع لم تنقض . فان حق الانتفاع ينتقل إلى ورثة من تلقى هذا الحق من المنتفع ، ويبقى إلى أن ينتهى بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . وهذا هو الفرض الذى ينتقل فيه حق الانتفاع بالميراث ، وقد سبقت الإشارة إليه [1] .

وكما يجوز النزول عن حق الانتفاع ، كذلك يجوز الحجز عليه من دائنى المنتفع ، وهذا ما لم يشترط عدم النزول عن الحق وعدم جواز الحجز عليه [2] .

٥٠٦ - رهن المنتفع لحق الانتفاع : ويجوز أيضا للمنتفع رهن حق الانتفاع رهنا رسميا إذا كان الحق واقعا على عقار . ورهن حيازة إذا وقع الحق على عقار أو منقول . ويجوز لدائنى المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، كما يجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الانتفاع على عقار أو منقول ولم يدفع ثمنه .

والدائن الذى له حق رهن أو اختصاص أو امتياز على حق الانتفاع لا يجوز له أن يحجز إلا على حق الانتفاع نفسه ، ولا شأن له بالرقبة . ومن يرسو عليه المزاد لا ينتقل إليه إلا حق الانتفاع ، فليس له إلا حقوق المنتفع إلى أن ينتهى حق الانتفاع . وإذا انتهى حق الانتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ - وانظر م ٩٤٧ مدنى سورى ، وم ١٢٥٣ مدنى عراقى ، وم ٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٣ .

برهنه أو اختصاصه أو بامتيازه ، فان الرهن أو الاختصاص أو الامتياز يزول بزوال محله (١) .

٥٠٧ - ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع : وقد لا ينزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير ، ولكن يقتصر على أن يرتب للغير حق انتفاع على حق انتفاعه هو ، فيكون هناك حقا انتفاع مرتب أحدهما على الآخر (deux usufruits superposés) . ويندر أن يكون هذا الوضع المعقد نتيجة اتفاق ، وإنما يقع فى فرنسا أن يكون حق الانتفاع الذى يرتبه القانون للأب على أموال ولده أو للزوج على أموال الزوجة يشمل ، فيما يشمل من أموال القاصر أو أموال الزوجة ، حقوق انتفاع يترتب عليها حق انتفاع الأب أو حق انتفاع الزوج ، وهكذا يترتب حق انتفاع على حق انتفاع .

ولا يكاد يوجد إلا فرق واحد بين النزول عن حق الانتفاع وترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع . فنى الحالتين يحل المتنازل له أو المنتفع الجديد محل المنتفع الأصلى فى جميع حقوقه . ولكن فى حالة النزول عن حق الانتفاع ، إذا مات المتنازل له قبل انتهاء حق الانتفاع الأصلى ، انتقل هذا الحق إلى ورثة المتنازل له كما سبق القول (٢) . أما فى حالة ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ، فان حق الانتفاع الثانى المترتب على حق الانتفاع الأصلى ينتهى ، لا فحسب بانتهاء حق الانتفاع الأصلى ، بل أيضا بموت المنتفع الثانى ، فلا ينتقل إلى ورثته كما رأيناه ينتقل إلى ورثة المتنازل له (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ وفقرة ٥٠٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥١٣ ص ١١٥٥ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٤ - وأما فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على حق الانتفاع ، فان ذلك لا يجوز ، فان حق الارتفاق فرع عن الملكية لا عن حق الانتفاع ، فلا يجوز لغير مالك الرقبة ترتيبه ، ولا يجوز ذلك للمنتفع (بودرى وشوفو فقرة ١٩٠٦ ص ٨٢٧ - وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ ويريان جواز ترتيب حق يشبه حق الارتفاق على حق الانتفاع بحيث لا يمس هذا الحق بحق مالك الرقبة - وقارن شفيق شحاته فقرة ٩٣ ص ١١٦) .

٥٠٨ - عدم جواز تصرف المنتفع فى الرقبة: وإذا كان المنتفع يستطيع التصرف فى حق الانتفاع على النحو الذى بيناه ، فإنه لا يستطيع التصرف فى الرقبة لأنها ليست ملكه . ويترتب على ذلك أنه إذا باع الرقبة . كان حكم هذا البيع هو حكم بيع الغير لا ينفذ فى حق مالك الرقبة. ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع لا يستطيع النزول عن حق ارتفاق مرتب لمصلحة العقار المنتفع به . وكل ما يملكه فى هذا الشأن هو أن يتعهد تعهداً شخصياً بألا يستعمل حق الارتفاق هذا . وهذا التعهد الشخصى لا يلزم مالك الرقبة [١] .

ومع ذلك يجوز للمنتفع أن يتصرف فى الرقبة . وذلك فى حالة شبه الانتفاع . فقد قدمنا [٢] أن المنتفع يصبح فى هذه الحالة مالكا للشىء المنتفع به ملكية كاملة . فيستطيع أن يتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع [٣].

٣ - مباشرة الدعاوى

٥٠٩ - الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه : يجوز للمنتفع أن يباشر الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه فيجوز له أن يرفع دعوى الإقرار بحق الانتفاع (action confessoire d'usufruit) ، وهى الدعوى التى تقابل دعوى الاستحقاق فى الملكية . وبموجبها يستطيع أن يطالب بالشىء المنتفع به أى حائز له . وكذلك يستطيع أن يرفع دعاوى الحيازة يحمى بها حيازته للعقار المنتفع به [٤] ، ويستطيع أن يرفع هذه الدعاوى على مالك

---

(١) كذلك لا يجوز له أن يبيع القيم المنقولة (valeurs mobilières) التى يتضمنها حق الانتفاع ، حتى لو كانت هذه القيم لحاملها . ولا يجوز له أن يحوله سنداً اسمياً إلى سند لحامله . فإن هذا التحويل يعتبر من أعمال التصرف (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٨ وفقرة ٨١٠).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧ .

(٣) ويتحقق شبه حق الانتفاع فيما إذا كان الشىء المنتفع به شيئاً قابلا للاستهلاك ، وفيما إذا كان هذا الشىء معداً للبيع كالبضائع ، وفيما إذا كان قد قوم تقويماً قصد به نقل الملكية إلى المنتفع على أن يرد القيمة عند نهاية حق الانتفاع (انظر آنفاً فقرة ٤٧٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١١) .

(٤) والحكم الذى يصدر لصالحه ، فى دعوى الإقرار بحق الانتفاع أو فى دعاوى الحيازة ، يجوز لمالك الرقبة أن يحتج به ، أما الحكم الذى يصدر ضده فلا يجوز أن يحتج به على مالك الرقبة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

الرقبة إذا تعرض له فى حيازته لحق الانتفاع أو انتزع منه الحيازة . ذلك أن المنتفع يعتبر حائزا لحساب نفسه بالنسبة إلى حق الانتفاع وإن كان حائزا عرضيا بالنسبة إلى حق الملكيه ، ومن ثم جاز له أن يحمى حيازته لحق الانتفاع بدعاوى الحيازة [١] .

ويجوز للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود (action en bornage) ودعوى القسمة ، ولكن إذا لم يدخل مالك الرقبة خصما فى هاتين الدعوتين فإن الحكم فيهما لا يكون حجة على هذا الأخير [٢] .

٥١٠ - الدعاوى المتعلقة بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع : وللمنتفع أن يباشر الدعاوى المتعلقة بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع ، وقد قدمنا أنه يستطيع أن يقاضى المدينين بهذه الحقوق ليطالبهم بها [٣] . وله أن يرفع دعاوى التأمينات لهذه الحقوق من رهن وامتياز وكفالة [٤] ، وكذلك الدعاوى المتصلة بهذه الحقوق كما لو كان الحق ثمن بيع فيرفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء به ، وكما لو تصرف المدين بهذا الحق فى ماله غشا فيرفع الدعوى البولصية [٥] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمنتفع أن يرفع دعاوى اليد (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٤١٢ ص١٠٣٥) - وإذا نجح المنتفع فى دعوى الحيازة التى يرفعها على المالك ، جاز له أن يحتج بهذه الحيازة فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الانتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك . ويثبت فى الوقت ذاته أن المنتفع هو حائز عرضى بالنسبة إلى حق الملكية ، فلا يستطيع أن يتملك هذا الحق بالتقادم . بل يجوز للمالك أن يرفع دعاوى الحيازة ليحمى حيازته لحق ملكيته ضد من يتعرض هذا الحق ، ويتمسك فى ذلك بأن المنتفع يحوز حق الملكية نيابة عنه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣) .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٣٣ ص ٢٧٤ - وفى جميع الأحوال إذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق مالك الرقبة ومالك حق الانتفاع ، فللغير التى ترفع ضده الدعوى أن يطلب إدخال من لم يدخل منهما خصما فى الدعوى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودرى وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودرى وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

ولكن المنتفع لا يستطيع رفع دعوى متعلقة بحق لم يكن ضمن الحقوق الداخلة فى حق الانتفاع وقت أن بدأ . فإذا كانت الدعوى مثلا دعوى نقض للغبن أو دعوى إبطال ، ولم يكن المالك قد رفعها وقت أن بدأ حق الانتفاع فلم يتضمنها هذا الحق ، لم يجز للمنتفع أن يرفعها لأن حق الانتفاع لم يشملها . ولكن إذا رفعها المالك ونتج عن رفعها أن نقض بيعا أو أبطله فأرجع المبيع إلى ملكه بأثر رجعى ، فإن حق الانتفاع يمتد إلى هذا المبيع فيشمله . ويعتبر المبيع داخلا ضمن حق الانتفاع منذ بدايته [١] .

المطلب الثانى

التزامات المنتفع

٥١١ – التزامات أربعة : التزامات المنتفع تترتب فى ذمته نحو مالك الرقبة بحكم القانون ، فهى إذن التزامات قانونية . وترجع كلها إلى واقعة مادية هى وجود رقبة الشىء المنتفع به فى يد المنتفع ، فيجب عليه حفظها وصيانتها حتى يردها سالمة . واتخاذ الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض [٢] . وغنى عن البيان أنه قد تترتب فى ذمة المنتفع التزامات أخرى يقررها سند حق الانتفاع إذا نشأ هذا الحق عن عقد أو وصية ، فيكون العقد أو الوصية هو مصدر هذه الالتزامات [٣] .

والالتزامات التى يرتبها القانون فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة أربعة : (١) استعمال الشىء والانتفاع به بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٩ – وقارن عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٣٦ .

(٣) وتعتبر هذه الالتزامات التزامات عينية ، لأنها نشأت بسبب وجود الرقبة فى يد المنتفع ، وتدور كلها حول وجوب المحافظة على العين مراعاة لحق صاحب الرقبة – ويترتب على ذلك أنه يجوز للمنتفع التخلص من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حقه فى الانتفاع وترك العين المنتفع بها (abandon) ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تعرض نصوص المواد ... لالتزامات المنتفع ، وهى التزامات تجب فى ذمته لأن فى يده رقبة العين المنتفع بها ، فيستطيع إذن أن يتخلص منها إذا هو تخلى عن حقه فى الانتفاع . وتدور الالتزامات كلها حول وجوب المحافظة على العين ، مراعاة لحق صاحب الرقبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٩) .

(٢) صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة . (٣) حفظ الشيء والمسئولية عن هلاكه . (٤) جرد المنقول وتقديم كفالة به .

١ - استعمال الشيء والانتفاع به بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة :

٥١٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٨ مدني على ما يأتي :

١ - « على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له . وأن يديره إدارة حسنة » .

٢ - « وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، فاذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات . فان لم يقدمها المنتفع ، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها . بل له ، تبعا لخطورة الحال ، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع ، دون إخلال بحقوق الغير » [1] .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٠/٣٩ [2] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٤٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م٤٥ [3] .

ونتكلم في مضمون هذا الالتزام ، ثم في جزاء الإخلال به .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ما عدا بعض الفروق . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٣ في المشروع النهائي ، بعد أن أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « بحالته التي تسلمه عليها » ؛ وإلى الفقرة الثانية عبارة «أو غير متفق مع طبيعتها» ، فأصبح النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٠ . فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٨ - ص ٥٤٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٠ / ٣٩ : يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشيء فيما وضع له .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٤٨ : ١ - على المنتفع أن يستغل العقارات كمالك معتن مجتهد ، وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التي يتعدى عليها الغير على العقارات . وإلا كان مسئولا عن الضرر الذي يلحق بمالكها .

٥١٣ – مضمون الالتزام : يتسلم المنتفع الشيء المنتفع به بالحالة التى هو عليها وقت بداية حق الانتفاع ، وليس له أن يلزم مالك الرقبة أن يسلمه الشيء فى حالة حسنة إلا إذا تعهد مالك الرقبة بذلك تعهدا خاصا [١] .

ومتى تسلم الشيء على هذه الحالة ، فعليه أن يستعمله وفقا لما أعده له المالك[٢] . وأن يستثمره على النحو الذى يستثمره به المالك ، وذلك كله وفقا لما أعد له الشيء بحسب طبيعته . وعلى ذلك إذا كان الشيء دارا أعدت للسكنى ، لم يجز له أن يحول هذه الدار إلى فندق أو إلى « بنسيون » أو إلى مخزن لحفظ البضائع أو نحو ذلك [٣] ولكن يجوز له أن يسكن الدار بنفسه ، أو أن يؤجرها للسكنى . وإذا كان الشيء أرضا زراعية أعدت لزراعة أشجار الفاكهة أو لزراعة الزهور ، لم يجز للمنتفع أن يحولها إلى أرض زراعية

=٢ – وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً ، وأن يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه . ٣ – وعلى المنتفع فى استعماله العقار واستغلاله أن يعمل وفقاً لما اعتاده مالك العقار السابقون ، ولا سيما فيما يتعلق بالغاية المعدة لها الأبنية ، وطريقة زراعة الأراضى ، واستثمار الأحراج والمقالع . غير أنه يمكنه زراعة الأراضى البور ، أو بصورة أعم تحسين طريقة الزراعة.

م ٩٥٧ : ١ – يجوز إسقاط المنتفع من حقه بحكم قضائى بناء على طلب مالك الرقبة ، بسبب إساءة المنتفع فى استغلال العقار ، لا سيما إذا أحدث تخريباً فيه أو إذا تركه يخرب بإهماله العناية به . ٢ – وفى هذه الحالة يجوز لدائنى المنتفع أن يتدخلوا فى الدعوى ، ويمكنهم أن يعرضوا تولى إصلاح ما تخرب وتقديم ضمانات للمستقبل . ٣ – وللقاضى ، حسب خطورة الظروف ، إما أن يحكم باسقاط حق الانتفاع إسقاطاً مطلقاً، وإما أن يأمر بعدم تسليم العقار إلى مالك الرقبة إلا على شريطة أن يدفع سنوياً للمنتفع أو لمن انتقل إليه حقه مبلغاً معيناً حتى الأجل المحدد لانتهاء حق الانتفاع . (وهذه الأحكام فى مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى .

التقنين المدنى الليبي م ٩٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٤ : ١ – على المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعد له
٢ – (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مصرى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤٤ وم ٥٤ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٨ و٩٥٧ من التقنين السورى ، وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٩١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧٠ .

للمحصولات العادية كالقطن والقمح والفول ، وأن يقتلع الأشجار المغروسة في الأرض . ولكن له أن يصلح الأراضي البور وأن يزرع فيها من المحصولات ما يلائمها ، ولا يعد هذا تغييرا في الاستعمال بل هو إصلاح فيه . وإذا كان الشيء متجرا للأقمشة أو مصنعا للزجاج ، لم يجز له أن يغير شيئا من ذلك . فيجعل المتجر مثلا متجرا للأخشاب أو المصنع مصنعا للمنسوجات . وإذا كان الشيء سندات اسمية ، لم يجز له أن يحولها إلى سندات لحاملها ، فإن في هذا تغييرا جوهريا في طبيعة الشيء ، فوق أنه يعد من أعمال التصرف والمنتفع لا يملك أن يقوم بهذه الأعمال (١) .

ويجب عليه في جميع الأحوال أن يدير العين إدارة حسنة ، فإذا كانت متجرا مثلا وجب عليه أن يحسن إدارته ، أو كانت أرضا وجب عليه ألا يتركها بوراً أو أن ينهكها بالزراعة . فالعناية التي يجب عليه بذلها في إدارة الشيء واستغلاله هي عناية الرجل المعتاد ، فلا يجوز له أن ينزل عن هذا القدر من العناية ، حتى لو كان هو أو مالك الرقبة ينزل عنها في إدارة شؤون نفسه (٢) .

٥١٤ - جزاء الإخلال بالالتزام : فإذا استعمل المنتفع الشيء استعمالا غير مشروع ، بأن استعمله لغير ما أعد له ، أو استعمالا غير متفق مع طبيعته . ونجم عن هذا الاستعمال خطر على الرقبة . فلمالك الرقبة أن يطلب من المنتفع أن يكف عن هذا الاستعمال ، وله أيضا أن يطالبه بتقديم تأمينات ككفيل أو رهن لضمان تعويض ماعسى أن ينجم من الأضرار عن هذا الاستعمال . فإذا لم يقدم المنتفع التأمينات المطلوبة ، أو قدمها ولكنه استمر في سوء استعماله ، جاز للمالك أن يطلب من القاضي تسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطي الغلة للمنتفع .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٨ .

(٢) مازو فقرة ١٦٨١ ص ١٣٣٢ – وانظر استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٥ – وقد قضى بأنه إذا ثبت أن المنتفع بقطعة أرض زراعية قد أخذ أتربة منها بحيث هبط مستواها إلى عمق متوسطه متر ، فقد استعملها استعمالا غير جائز ، وسقط بذلك حقه في الانتفاع (منوف ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٣ ص ٧٨٤) .

بل إن للقاضى بناء على طلب المالك ، إذا رأى سوء الاستعمال خطيرا إلى حد يستوجب إجراء أشد ، أن يحكم بإنهاء حق الانتفاع أى باسقاطه قبل انتهاء مدته أو قبل موت المنتفع ، فيضيع على المنتفع المدة الباقية له من مدة الانتفاع . ولكن يجب فى هذه الحالة مراعاة حق الغير ، فإذا كان حق الانتفاع مرهونا مثلا ، احتفظ الدائن المرتهن بحقه . وعلى ذلك ترد العين إلى المالك ، ولكن حق الانتفاع فيما المدة الباقية لهذا الحق مثقل بالرهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يحجز على حق الانتفاع محدودا على هذا النحو ، لا على حق الملكية ، ويتقاضى حقه من ثمن حق الانتفاع بعد بيعه فى المزاد [١] .

§ ٣ – صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة

٥١٥ – نص قانونى : تنص المادة ٩٨٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ – المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل مايفرض على العين المنتفع بها من لتكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة » .

« ٢ – أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك . فإن كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع [٢] » .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٦٤ من المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية فى الفقرة الأولى ، فصار النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٠ – ص ٥٤٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٤٩ : ١ – تكون على عاتق المنتفع الضرائب العقارية المختلفة ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار . ٢ – أما التصليحات الكبيرة أى التى تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية ، فانها تترتب على مالك الرقبة .

م ٩٥٠ : ١ – إن مالك الرقبة والمنتفع غير ملزمين باعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه أو قضاءً وقدراً . ٢ – إلا أنه إذا حدث الانهدام على أثر كارثة ، وكان العقار المهدوم كله أو بعضه مؤمناً ، فيجوز بناء على طلب مالك الرقبة أو المنتفع ، استعمال التعويض المدفوع لتجديد

ويخلص من هذا النص أن المنتفع ملتزم بصيانة الشئ المنتفع به [١] ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة ، وبكل التكاليف المعتادة الأخرى . أما التكاليف غير المعتادة ، كتكاليف الإصلاحات الجسيمة ، فهى على مالك الرقبة على أن يتحمل المنتفع فوائد هذه التكاليف طول مدة الانتفاع . فنستعرض الآن كلا من التكاليف المعتادة والتكاليف غير المعتادة .

٥١٦ - التكاليف المعتادة : لما كان المنتفع ملتزما بصيانة الشئ المنتفع به كما قدمنا ، فان تكاليف الصيانة يتحملها المنتفع بأكملها ، لأنها من التكاليف المعتادة [٢] . ويعتبر كذلك من التكاليف المعتادة فيتحملها المنتفع ، تكاليف إدارة الشئ المنتفع به ، إذ أن هذه التكاليف ضرورية لحصول المنتفع على الثمار . ويعتبر أيضا من التكاليف المعتادة ، فيتحملها المنتفع وحده ، الضرائب والرسوم المضروبة على الشئ المنتفع به ، من أموال على الأراضى الزراعية وعوائد على المبانى ورسوم بلدية وضريبة دفاع وضريبة خفر وضريبة إضافية وغير ذلك من أنواع الضرائب الأخرى .

ولكن يجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة على أن تكون هذه التكاليف المعتادة كلها أو بعضها على الأخير : وهذا لا يمنع ، فيما يتعلق بالضرائب

بناء العقار أو لترميمه . (وهذه الأحكام فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤٥ - ٤٦ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٩-٩٥٠ مدنى سورى وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) ويعتبر من أعمال الصيانة ، ويعتبر فى الوقت ذاته من أعمال الحفظ ، أن يجدد المنتفع قيد الرهون ، وأن يقطع التقادم إذا كان حق يشمله الانتفاع مهدداً بالسقوط بالتقادم (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ ص ٨١٥) .

(٢) ويلتزم المنتفع بأعمال الصيانة réparations d'entretien نتيجة لالتزامه بأن ينتفع بالشيء كما ينتفع المالك بملكه . هذا إلى أن أعمال الصيانة من التكاليف التى يقتضيها الحصول على الثمار وتدفع عادة من الريع ، فى حين أن الإصلاحات الجسيمة تدفع عادة من رأس المال فتكون على المالك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٤ ص ٨١٧) . وانظر فى تحديد أعمال الصيانة وأعمال الإصلاحات الجسيمة المادة ٦٠٦ مدنى فرنسى .

الرسوم ، أن يلتزم المنتفع بدفعها لجهة الإدارة على أن يستردها من مالك الرقبة [١] .

٥١٧ — **التكاليف غير المعتادة** : وهذه كما قدمنا على المالك ، على أن يتحمل المنتفع فوائدها طول مدة الانتفاع . ومن التكاليف غير المعتادة تكاليف الإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، أما إذا نشأت عن خطأ المنتفع فهو الذي يتحملها وحده . فاذا احتاجت الدار المنتفع بها مثلا إلى إصلاحات جسيمة لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، لم يلتزم أحد ، لا المنتفع ولا مالك الرقبة ، بالقيام بهذه الإصلاحات كما سنرى [٢] . ولكن يجوز لمالك الرقبة ، للمحافظة على ملكه ، أن يقوم بها . وفى هذه الحالة تكون التكاليف عليه ، وعلى المنتفع أن يدفع فوائدها بالسعر القانوني لمالك الرقبة طول مدة الانتفاع . ويصح ، عند امتناع مالك الرقبة عن القيام بها ، أن يقوم بها المنتفع للمحافظة على حق انتفاعه . وفى هذه الحالة يدفع تكاليف هذه الإصلاحات ، على أن يستردها من مالك الرقبة عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون هنا أيضا قد تحمل فوائدها طول مدة الانتفاع [٣] .

ويعتبر من التكاليف غير المعتادة مصروفات دعوى تعيين الحدود ، فهذه يلتزم بها مالك الرقبة ، ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، وإذا قدم المنتفع هذه المصروفات فله الحق فى استردادها من المالك عند نهاية حق الانتفاع . وكذلك يعتبر من التكاليف غير المعتادة المبالغ الباقى دفعها من القيمة الاسمية للأسهم التى لم يتم الوفاء بكل قيمتها الاسمية (actions non libérées) ، فهذه على مالك الرقبة ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، فان قدمها المنتفع محافظة على الأسهم من السقوط فانه يسترد مادفعه من المالك عند نهاية حق الانتفاع [٤] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٠ .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٥٢٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤١ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤١ .

وإذا كان العقار المنتفع به مثقلا برهن رسمي ، فان الدين المضمون بالرهن يلتزم بدفعه مالك الرقبة المدين بهذا الدين . فان لم يدفعه ، ورجع الدائن المرتهن بدعوى الرهن على المنتفع باعتباره حائزا للعقار فيدفع هذا ما على العقار من الدين ، فانه يرجع بما دفع فورا على مالك الرقبة ، ولا يجبر على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يسترده [1] .

§ ٣ — حفظ الشيء والمسئولية عن هلاكه

٥١٨ — نصوص قانونية : تنص المادة ٩٩٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ — على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد » .

« ٢ — وهو مسئول على هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي ، إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع » .

وتنص المادة ٩٩١ مدنى على ما يأتى :

« إذا هلك الشيء أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، فعلى المنتفع أن يبادر باخطار المالك . وعليه إخطاره أيضا إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه » [2] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٢ — وإذا كان المنتفع موصى له بحق الانتفاع بجزء من التركة ، فأنه يتحمل من فوائد ديون التركة ما يتناسب مع هذا الجزء الموصى به . فان دفع الورثة ديون التركة ، فانهم يرجعون على المنتفع بفوائد جزء من هذه الديون يتناسب مع الجزء الموصى به . وإن دفع المنتفع الجزء من الديون الذى يتناسب مع الجزء الموصى به له ، فانه يرجع على الورثة بما دفع عند نهاية حق الانتفاع . فاذا لم تدفع الورثة الديون ، ولم يتقدم المنتفع بدفعها ، بيع من أعيان التركة ما يفى بالديون ، ويكون فى ذلك انتقاص من الجزء من التركة الموصى بحق انتفاعه يتحمله المنتفع (انظر المادة ٦١٢ مدنى فرنسى ، والمواد ٩٥١ — ٩٥٣ من التقنين المدنى السورى ، والمواد ٤٧ — ٤٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى) .

وانظر فيمن يتحمل مصروفات الدعاوى التى تتعلق بحق الانتفاع وبالرقبة المادة ٦١٣ مدنى فرنسى .

(٢) تاريخ النصوص : م ٩٩٠ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ماعدا أن نص المشروع التمهيدى كان يشتمل فى آخر الفقرة الثانية على عبارة « حتى لو لم يطلب المالك الرد » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٥ فى المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة « ولو لم يطلب

وتقابل النصوص المادة ٤٣/٢٤ من التقنين المدنى السابق (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٤٨/١و٢ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٩٤–٩٩٥– وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٤/١– وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤٤/١ (٢) .

ونتكلم فيما يأتى : (١) مدى مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ . (٢) أمثلة عن أعمال الحفظ التى يجب على المنتفع القيام بها . (٣) القيود الواردة على مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ .

المالك الرد» من آخر الفقرة الثانية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٢ – ص ٥٤٤) .

م ٩٩١ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «إذا هلك الشئ أو تلف، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك القيام به، أو اتخاذ إجراء يقيه من الخطر لم يكن منظوراً ، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك ، وعليه إخطار المالك أيضاً إذا اغتصب أجنبى حقاً على الشئ» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٦ فى المشروع النهائى، بعد استبدال عبارة «مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته» بعبارة «مما يجب على المالك القيام به» ، واستبدال عبارة «إذا استمسك أجنبى بحق يدعيه على الشئ نفسه» بعبارة «إذا اغتصب أجنبى حقاً على الشئ» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٤ – ص ٥٤٦) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٤٣/٢٤ : لا يسأل المنتفع عن ضياع أو تلف الشئ متى كان حاصلا دون تقصير منه .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٤٨/١و٢ : ١–على المنتفع أن يستغل العقارات كمالك معتن مجتهد . وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التى يقدم عليها الغير على العقارات ، وإلا كان مسئولا عن الضرر الذى يلحق بما لكها . ٢– وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً، وأن يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه. (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٤/٩٩٥ م–(مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٤ / ١ : على المنتفع أن يستعمل الشئ بحسب ما أعد له ، وأن يبذل من العناية فى حفظه ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاكه ولو بغير تعد ، إذا كان قد تأخر فى رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع (وهذا النص يكاد يطابق المادتين ٩٩٠ و٩٨٨/١ مدنى مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : م ٤٤/١ (تكاد تطابق المادة ٩٤٨/١و٢ مدنى سورى، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

٥١٩ – مدى مسئولية المنتفع عن حفظ الشيء : تقول الفقرة الأولى من المادة ٩٩٠ مدنى ، كما رأينا [١] ، أنه « على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد » . فهناك إذن التزام على المنتفع ، هو أن يقوم بالمحافظة على الشيء . وهو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية ، فيطلب من المنتفع فى القيام بهذا الالتزام أن يبذل عناية الشخص المعتاد ، وذلك سواء حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا . فالخطأ الذى يسأل عنه المنتفع فى حفظ الشيء هو أن ينحرف ، فى المحافظة عليه ، عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

والخطأ هنا لا يفترض فى جانب المنتفع ، بل على مالك الرقبة ، إذا أصاب الشيء تلف ، أن يثبت أن هذا التلف قد وقع بخطأ المنتفع ، أى بانحرافه فى المحافظة على الشيء عن سلوك الرجل المعتاد . فاذا لم يستطع مالك الرقبة إثبات ذلك ، فلا مسئولية على المنتفع . أما إذا أثبت مالك الرقبة خطأ المنتفع على هذا النحو ، فان مسئولية المنتفع عن التعويض تسرى عليها أحكام القواعد العامة . فيكون المنتفع مسئولا عن تعويض مالك الرقبة عن جميع الأضرار التى لحقت بهذا الأخير من جراء تلف الشيء أو هلاكه .

ويعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، ومن ثم يعتبر خطأ يكون المنتفع مسئولا عنه ، أن يتأخر المنتفع فى رد الشيء للمالك بعد انتهاء مدة الانتفاع فيهلك الشيء فى يده ولو كان الهلاك بسبب أجنبي (م ٢/٩٩٠ مدنى) . والخطأ الذى يعتد به هنا هو تأخر المنتفع عن رد الشيء إلى المالك ، وقد اقترن الهلاك بهذا الخطأ فيكون المنتفع مسئولا عن تعويض المالك عن الضرر الذى لحق به من جراء هلاك الشيء . وغنى عن البيان أنه يخلص مما تقدم أن المنتفع يلتزم برد الشيء إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع [٢] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على المنتفع أيضاً أن يحافظ على الشيء ، ويبذل من العناية فى ذلك ما يبذله الشخص المعتاد . فان انتهى حق الانتفاع، وجب عليه الرد . فاذا تأخر الرد وهلك الشيء ، ولو بسبب أجنبى ، كان مسئولا عن الهلاك ، حتى لوكان المالك لم يطالب بالرد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٣) . وانظر كاربونييه ص ١١٠ .

٥٢٠ – أمثلة من أعمال الحفظ التى يجب على المنتفع القيام بها : ومن أمثلة أعمال الحفظ التى يجب على المنتفع القيام بها أن يبادر إلى اخطار مالك الرقبة بكل ماتتعرض له العين من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه ، حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية. فاذا انتزع أجنبى الحيازة من المنتفع ، أو تعرض الأجنبى له فى حيازته مستمسكا بحق يدعيه على الشىء نفسه كحق ملكية أو حق ارتفاق ، أو تعرض الشىء لخطر لم يكن منظورا كأن سطت عليه اللصوص أو استولت عليه الإدارة ولو استيلاء موقتا أو خربته غارة جوية ، أو هلك الشىء أوتلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المنتفع كأن كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبى أو إلى القدم (vetusté) ، أو احتاج الشىء إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، وجب على المنتفع أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بما وقع (م ٩٩١ مدنى). وليس للإخطار شكل خاص، فيصح أن يكون بكتاب أو شفويا ، ولكن يجب على المنتفع أن يثبت أنه قام بالإخطار اللازم . فاذا لم يثبت ذلك ، كان مسئولا عن تعويض الضرر الذى يصيب مالك الرقبة من عدم المبادرة إلى الإخطار .

ومن أمثلة أعمال الحفظ أيضا ألا ينهك المنتفع بأرض زراعية الأرض بزراعة تدر عليه ربحا كبيرا ، غير مبال بما يصيب الأرض من ضرر يلحق مالك الرقبة فى سبيل الحصول على هذا الربح الكبير لنفسه . وكذلك لا يجوز له ، وهو يسكن الدار التى ينتفع بها ، أن يتلف الأبواب والنوافذ ، أو أن يلحق بالدار ضررا غير مألوف ، أو ألا يقوم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها مما يحتاج إلى عناية فى حفظه .

وإذا كان المالك قد أمن على الشىء ، فانه يعتبر من أعمال الحفظ أن يجدد المنتفع هذا التأمين ، وأن يدفع أقساط التأمين طول مدة انتفاعه [١] .

(١) أنظر م ٢/٩٤٨ مدنى سورى وم ١/٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى . وانظر كذلك المادة ١٠٤٥ مدنى المانى . أما فى فرنسا فيبدو أن المنتفع لا يلتزم بتجديد عقد التأمين (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ – مازو فقرة ١٦٨١) .

٥٢١ – القيود الواردة على مسئولية المنتفع عن حفظ الشىء : ويرد على مسئولية المنتفع عن حفظ الشىء قيدان :

(القيد الأول) لا يكون المنتفع مسئولا عن إعادة البناء الذى تهدم بسبب فجائى أو بسبب القدم (م ٦٠٧ مدنى فرنسى) . فما دام التهدم لا يرجع إلى خطأ فى جانبه كاهماله فى القيام بأعمال الصيانة ، فهو غير مسئول عنه ، ولا يلزم باعادة البناء . وكذلك الإصلاحات الجسيمة فقد قدمنا أنه غير مسئول عنها ، إلا إذا كانت راجعة إلى خطأه . وإذا كان المنتفع غير ملزم باعادة البناء ولا بالإصلاحات الجسيمة فى الأحوال التى قدمناها ، فان مالك الرقبة غير ملزم هو أيضا بذلك . وإذا هو أعاد البناء أو قام بالإصلاحات الجسيمة ، فان له يرجع بفوائد التكاليف التى أنفقها على المنتفع طول مدة الانتفاع ، وإذا قام المنتفع نفسه باعادة البناء أو بالإصلاحات الجسيمة ، فان له أن يسترد التكاليف من مالك الرقبة عند انتهاء حق الانتفاع (١) .

(القيد الثانى) يستطيع المنتفع أن يتخلص من التزامه بحفظ الشىء وبالقيام بأعمال الصيانة الواجبة ، وذلك بالتخلى (abondon) عن حقه فى الانتفاع . فان هذا الالتزام التزام عينى كما قدمنا . فاذا تخلى عن العين تخلص من الالتزام الذى كانت العين سببا فيه . على أنه لا يتخلص من الالتزام إلا من وقت التخلى ، أما ما وجب عليه من أعمال الصيانة قبل ذلك فيلتزم بالقيام به من وقت التخلى ، حتى لو رد الثمار التى قبضها من العين منذ بداية الانتفاع . فقد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمته قبل التخلى ، وليس للتخلى أثر رجعى (٢) .

§ ٤ – جرد المنقول وتقديم كفالة به

٥٢٢ – نص قانونى : تنص المادة ٩٩٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ،

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٦٨٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٧ ص ٨٢٠ – وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ وهامش ٢٢ .

ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها » .

« ٢ — وللمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الإنتفاع . وله نتاج المواشى ، بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجىء » [1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢١—٢٣/٤٠—٤٢ [2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٣٩ — ٩٤٢ — وفى التقنين المدنى الليبى ٩٩٦ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٦ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٣٥ — ٣٨ [3].

٥٢٣ — الاقتصار فى هذا الالتزام على المنقول دون العقار : فى ترتيب التزام فى ذمة المنتفع بالجرد (inventaire) وبتقديم كفالة caution يقتصر التقنين المدنى المصرى ، كما نرى من النص سالف الذكر ، على المنقول دون العقار . أما العقار فلا يلتزم المنتفع فى شأنه بأن يحرر بياناً (état) عنه ، ولا أن يقدم كفالة به . وهذا بخلاف التقنين المدنى الفرنسى ، فانه يوجب الجرد فى المنقول وتحرير البيان فى العقار ، ويوجب فى الحالتين على المتفع تقديم كفالة . وقد سار التقنين المدنى المصرى الجديد فى ذلك على سنة التقنين المدنى المصرى السابق ، فقد كان هذا التقنين أيضاً لا يوجب الجرد ولا الكفالة إلا فى المنقول .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٦ — ص ٥٤٨) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢١/ ٤٠ : إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب حصره بالجرد، ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووضع ثمنه فى أوراق أميرية ، وأعطيت أرباحها إليه .

م ٢٢/ ٤١ : يجوز للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التى تنعدم بالاستعمال ، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع .

م ٢٣/ ٤٢ : الزيادة التى تحصل من نتاج المواشى تكون للمنتفع بها ، إنما بعد أن يستعوض من النتاج ما نفق من الأصل بآفة سماوية .

(وهذه النصوص جميعاً تتفق مع نص التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويبرر الخطة التي سار عليها التقنين المدني المصري ، السابق والجديد ، أن العقار لا يخشى عليه ، وقل أن يحدث في ذاتيته أو في قيمته خلاف . وإذا أراد مالك الرقبة أن يحتاط فيما يتعلق بحالة العقار ، فله أن يحرر بياناً بحالته ، ولكن هذا لا يكون التزاماً في ذمة المنتفع . والأمر يختلف بالنسبة إلى المنقول ، فهو عرضة للضياع ، وقد لا يتيسر التثبت من ذاتيته أو من قيمته ، فأوجب المشرع على المنتفع أن يجرى جرده في محضر حتى تتعين ذاتيته ، مع تقويمه حتى تتحدد قيمته . ثم لما كان من اليسير تبديد المنقول أو ضياعه ، فقد أوجب المشرع المصري أيضاً على المنتفع أن يقدم كفالة به ، حتى يضمن بذلك حق مالك الرقبة في استرداده أو استرداد قيمته عند نهاية حق الانتفاع .

٥٢٤ – *تحرير محضر جرد بالمنقول* : ولم يوجب القانون شكلا خاصاً لمحضر الجرد ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي يوجب أن يحرر

= التقنين المدني السوري م ٩٣٩ : ١ – يجب على المنتفع قبل مباشرته الانتفاع : (ا) أن ينظم كشفاً بالعقارات (ب) أن يقدم كفيلا قديراً على الدفع . ٢ – على أنه يجوز إعفاؤه من هذين الالتزامين بنص السند الذي ينشأ بموجبه حق الانتفاع .

م ٩٤٠ : ١ – يجب تنظيم الكشف بالعقارات بحضور المالك أو بعد أن يدعى إلى ذلك بطريقة قانونية ، ويجب تحريره على الشكل المتبع لدى الكاتب العدل ، على نفقة المنتفع . ٢ – على أنه يجوز للمنتفع أن يتفق ومالك الرقبة ، بشرط أن يكون الطرفان حائزين على أهلية التعاقد ، على وضع الكشف بالتراضي وبدون نفقة .

م ٩٤١ : إذا قدمت الكفالة متأخرة ، فالثمار التي يكون قد تناولها مالك العقار أثناء هذا التأخير ترد للمنتفع . ٢ – ويجوز أن يستعاض عن الكفالة برهن أو تأمين على أموال تعتبر كافية .

م ٩٤٢ : إذا لم يقدم المنتفع الكفالة ولا ضمانة أخرى ، فتؤجر العقارات الجاري عليها حق الانتفاع أو تسلم إلى حارس قضائي ، وتؤخذ أجرة الحارس من ثمار العقار .

(وهذه النصوص ، كنصوص قانون الملكية العقارية اللبناني ، التي هي مصدرها ، لا تتكلم إلا عن حق الانتفاع بالعقار) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٢٥٦ (توافق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٢ مدني مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٥ – ٣٨ (توافق المواد ٩٣٩ – ٩٣٨ مدني سوري سالفة الذكر ، وهذه المواد الأخيرة مأخوذة منها) .

محضر الجرد فى ورقة رسمية ما لم يعف المنتفع من هذه الرسمية أو يعف من تحرير محضر الجرد أصلا . ففى مصر إذن يجوز تحرير محضر الجرد فى ورقة عرفية ، ويوقع عليه كل من المنتفع ومالك الرقبة ، ويكون هو الدليل الكتابى على ما تسلمه المنتفع من المنقولات وحالة هذه المنقولات وقيمتها . ويجوز إعفاء المنتفع من تحرير محضر الجرد فى سند حق الانتفاع ، أى فى العقد أو الوصية التى أنشأت هذا الحق . ولا يعد سكوت مالك الرقبة عن تحرير محضر الجرد بعد تسلم المنتفع للمنقولات إعفاء للمنتفع من تحرير هذا المحضر ، بل يصح أن يطالب مالك الرقبة المنتفع بعد أن يكون هذا قد تسلم المنقولات بتحرير المحضر .

وعدم قيام المنتفع بالتزامه من تحرير محضر الجرد لا يترتب عليه أن يفقد حق انتفاعه ، بل كل ما يترتب عليه أنه لا يستطيع تسلم المنقولات من مالك الرقبة قبل تحرير هــذا المحضر . وللمنتفع بعد تحرير محضر الجرد أن يتسلم المنقولات وأن يتسلم ثمارها من بداية حق الانتفاع ، فان حقه لم يسقط فى تقاضى هذه الثمار (١) .

٥٢٥ — تقديم الكفالة بالمنقول : ولا يكفى تحرير محضر جرد للمنقول ، بل يجب على المنتفع أن يقدم فى الوقت ذاته لمالك الرقبة كفالة بهذا المنقول . فاذا أضاع المنتفع المنقول أو بدده أو أتلفه أو ألحق به أى ضرر ، كان الكفيل ضامناً للتعويض الذى يلتزم المنتفع بدفعه لمالك الرقبة . ويجب أن يكون الكفيل مقتدراً ومقيما فى مصر ، ويقوم مقام الكفالة أن يقدم المنتفع رهناً رسمياً أو رهن حيازة (٢) . وإذا كانت السندات المنتفع بها سندات لحاملها ، فان تحويلها إلى سندات أسمية ، تسجل باسم مالك الرقبة بالنسبة إلى الرقبة وباسم المنتفع بالنسبة إلى حق الانتفاع ، يكون ضماناً كافياً ، ويعفى المنتفع من تقديم كفالة (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٣ .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ مدنى على أنه « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر . وله أن يقدم ، عوضاً عن الكفيل ، تأميناً عينياً كافياً » .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٦ .

وعدم قيام المنتفع بتقديم كفالة على النحو المتقدم الذكر لا يحرمه من حق الانتفاع ، ولكن يمنعه من تسلم المنقولات قبل تقديم الكفالة ، فاذا ما قدمها فانه يتسلم المنقولات كما يتسلم ثمارها من وقت بداية حق الانتفاع ، على النحو الذى قدمناه فى تحرير المحضر . وإذا سلم مالك الرقبة المنقولات قبل أن يقدم المنتفع الكفالة ، فان هذا لا يعفى المنتفع من تقديم الكفالة فيما بعد ، إلا إذا استخلص من تسليم المنقولات على هذا النحو نزول ضمنى من مالك الرقبة عن الكفالة [١] .

ويجوز إعفاء المنتفع من تقديم الكفالة ، إعفاء صريحاً أو ضمنياً . فيرد الإعفاء صراحة فى السند الذى ينشىء حق الانتفاع من عقد أو وصية ، كما يستخلص ضمناً من أن المالك باع العين أو رهنها واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فان سكوت المشترى أو الموهوب له عن اشتراط تقديم الكفالة يستفاد منه أن مالك الرقبة قد نزل عن حقه فى طلب الكفالة (م ٦٠١ مدنى فرنسى) .

وإذا لم يقدم المنتفع الكفالة ولم يعف من تقديمها ، فانه يجوز لمالك الرقبة أن يطلب بيع المنقولات بالطريقة التى تقرها المحكمة ، وتوظيف ثمنها فى سندات عامة ، أى سندات على الدولة كسندات الدين الموحد أو سندات قرض الانتاج ، لأن هذه السندات توفر لكل من مالك الرقبة والمنتفع قدراً كبيراً من الضمان . ويكون للمنتفع فى هذه الحالة أرباح هذه السندات طول مدة الانتفاع ، ولا يدخل فى الأرباح ما عسى أن أن يكسب السند من جائزة ، بل الجائزة تكون لمالك الرقبة ، فاذا انتهى حق الانتفاع ، ردت السندات لمالك الرقبة ، وأصبحت ملكيته لها كاملة وله أن يتصرف فيها كما يشاء .

٥٢٦ – الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك والانتفاع بقطيع من المواشى

إحالة : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدنى ، كما رأينا [٢] ، إن « للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٩ ص ٦٤٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٥ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢٢ .

أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع . وله نتاج المواشى بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجىء » . وهذا النص يشير ، فيا يتعلق بالأشياء القابلة للاستهلاك ، إلى شبه حق الانتفاع ، وقد سبق الكلام ذلك . كما يشير فيا يتعلق بالمواشى إلى الانتفاع بقطيع من المواشى وقد سبق أيضا الكلام فيه ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك [١] .

المبحث الثانى

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة

٥٢٧ – حق التصرف فى الرقبة : لمالك الرقبة أن يتصرف تصرف الملاك فى الرقبة ، بحيث لا يكون فى هذا التصرف ضرر يلحق انتفاع المنتفع بالعين . فله أن يبيع الرقبة أو يقايض عليها أو يقدمها حصة فى شركة أو يقدمها مقابلا لوفاء دين فى ذمته أو يهبها أو يوصى بها . وينتقل إلى مالك الرقبة الجديد ، على هذا النحو ، جميع حقوق المالك السابق ، وبوجه خاص يصبح مالكاً للعين ملكية كاملة بعد انتهاء حق الانتفاع [٢] .

ولمالك الرقبة فى العقار أن يرهنها رهناً رسمياً ، ولدائنيه أن يأخذوا عليها حق اختصاص . وقد يترتب على الرقبة فى العقار والمنقول حق امتياز كما إذا باع مالك العقار أو المنقول حق الرقبة واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فيكون له حق امتياز على الرقبة لاستيفاء الثمن . فإذا ترتب حق من هذه الحقوق على الرقبة ، جاز للدائن أن يبيعها استيفاء لحقه ، فيكون للراسى عليه المزاد نفس حقوق مالك الرقبة الأصلى ، وعلى ذلك يصبح مالكا للعين ملكية كاملة عند انتهاء حق الانتفاع [٣] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧ وفقرة ٤٩٥ .

(٢) أنظر م ٩٥٨ من التقنين المدنى السورى وم ٥٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٣) وفى التنفيذ على الرقبة لا يدخل المنتفع طرفا فى الإجراءات ، لأن حقه لا يتأثر ولا يضار بهذا التنفيذ (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥١) . ولا يجوز للمنتفع التدخل فى تفلية تتضمن رقبة العين المنتفع بها ، لأن المنتفع حقه عينى لا يتأثر بالتفلية ولا يضار بها (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٤) .

وإذا باع مالك الرقبة الملكية الكاملة للعين ، لم ينفذ هذا البيع فى حق المنتفع إلا برضاه . وقد يتفقان على أن يختص كل منهما بجزء من الثمن يتناسب مع قيمة حقه ، أو لن يبقى الثمن كله لمالك الرقبة على أن يكون للمنتفع فوائده . إلى نهاية حق الانتفاع ، أو على أمر آخر يرتضيانه معاً (قارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٨) .

ولمالك رقبة العقار أيضاً أن يرتب حق ارتفاق على العقار ، فاذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع انتفاع المنتفع ،لم يجز لمالك العقارالمرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (١) .

٥٢٨ — الحق فى الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثمارا : وإذا كان من المسلم به أن تكون ثمار العين للمنتفع ، فان ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً يكون لمالك الرقبة . فاذا كان الشئ المنتفع به سنداً أو سهماً وربح جائزة ، فالجائزة لا تعتبر ثماراً وتكون لمالك الرقبة ويكون للمنتفع فوائد الجائزة (٢) . وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أوكانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة فى شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءا من رأس المال لا من الربح ، فيكون لمالك الرقبة وتكون فوائده للمنتفع . وإذا أصدرت الشركة أسهماً جديدة لزيادة رأس المال ، وأضافت علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم فى الاحتياطيات ، فهذه العلاوة لا تعتبر ريعاً بل هى جزء من رأس المال . فاذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق مالك الرقبة وللمنتفع الفوائد (٣) .

٥٢٩ — حق مباشرة الدعاوى التى تتعلق بالرقبة: ولمالك الرقبة أن يباشر الدعاوى التى تتعلق بالرقبة . فله أن يرفع دعوى الاستحقاق . ودعاوى الحيازة ، ودعوى الإقرار بحق ارتفاق أو إنكاره ، ودعوى القسمة ، ودعوى تعيين الحدود (٤) .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٨ .

(٣) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٤٩٨ — وإذا كان ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً هو حق مالك الرقبة على النحو الذى قدمناه ، فأولى أن يكون من حق مالك الرقبة مالم تنتجه العين ولا يعتبر جزءاً منها . فالكنز الذى يعثر عليه فى العقار المنتفع به يكون من حق مالك الرقبة دون المنتفع ، بل إن المنتفع لا يحق له الحصول على الفوائد فى هذه الحالة لأن الكنز مال مستقل عن العقار وليس ناتجاً منه ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٦) .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص ٦٨٧ — بودرى وشوفو فقرة ٥٥٨ — بلانيول ريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠ ص ٨٠٣١ — وإذا كانت هناك دعوى تتعلق بالرقبة وحق =

§ ٢ – علاقة مالك الرقبة بالمنتفع

٥٣٠ – وجود التزامات شخصية فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة : رأينا أن هناك التزامات شخصية تترتب فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة ، وهى التزامات نشأت بحكم القانون من واقعة مادية ، هى وجود العين تحت يد المنتفع [1] فهذه الالتزامات تجعل الحق لمالك الرقبة فى أن يطالب المنتفع بتنفيذها بمجرد أن يخل بها هذا الأخير ، ولا يجبر مالك الرقبة على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يطالب بتنفيذها . بل إن لمالك الرقبة أن يطلب الحكم باسقاط حق الانتفاع قبل نهايته ، إذا أساء المنتفع استعمال الشيء أو استثماره إلى درجة تعرض الرقبة للخطر (م ٩٨٨ / ٢ مدنى) [2] . وعلى المنتفع بوجه خاص أن يرد العين للمالك عند نهاية حق الانتفاع .

٥٣١ – لا توجد التزامات شخصية فى ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع : ولما كان المنتفع له حق عينى على العين هو حق الانتفاع ، فان له بموجب هذا الحق العينى سلطة مباشرة على العين لا يحتاج فى استعمالها إلى تدخل مالك الرقبة ، كما يحتاج المستأجر الذى ليس له إلا حق شخصى لتدخل المؤجر لتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة . وعلى ذلك لا توجد التزامات شخصية فى ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع ، والمنتفع وشأنه ينتفع بالعين مباشرة طبقاً لما خوله له القانون من حقوق دون حاجة إلى معاونة مالك الرقبة فى ذلك . وقد يرتب المالك على العين حق انتفاع معاوضة ، ويلتزم فى العقد بضمان التعرض والاستحقاق ، ولكن الالتزام الذى ترتب هنا فى ذمة مالك الرقبة إنما ترتب بموجب العقد لا بموجب حق الانتفاع [3] .

= الانتفاع معاً ، ودخل المنتفع وحده فيها خصماً ، كان على الخصم الآخر أن يدخل مالك الرقبة خصماً فى الدعوى حتى يكون الحكم سارياً فى حقه . أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالرقبة وحدها دون حق الانتفاع ، كما إذا تنازع على الرقبة شخصان يسلمان معاً بأن حق الانتفاع لشخص ثالث ، فلا محل فى هذه الحالة – لإدخال المنتفع خصماً فى الدعوى (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠) – وتبقى مستندات ملكية الدين عند مالك الرقبة ، على شرط أن يمكن المنتفع من استعمالها عند الاقتضاء وتقديمها فى الدعاوى (ديمولومب فقرة ٢١٨ مكررة – بودرى وشوفو فقرة ٤٣٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١١ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥١٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٤ ص ٨٣٤ هامش ٢ .

٥٣٢ – لا يجوز لمالك الرقبة أنه يتسبب فى تعطيل أو فى إنقاص حق المنتفع : ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب فى تعطيل أو فى إنقاص حق المنتفع. ولكن ذلك لا يرجع إلى وجود التزام شخصى بالضمان فى ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع ، بل يرجع إلى أن للمنتفع حقاً عينياً لا يجوز لأحد أن يتعدى عليه ، وشأن مالك الرقبة فى عدم جواز التعدى على حق المنتفع شأن أى شخص آخر (١) . وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ، دون موافقة المنتفع ، أن يدخل تعديلا فى العين ، كأن يقيم أبنية جديدة أو يعلى البناء الموجود أو يهدم جزءاً منه (٢) ، أو أن يحول سنداً اسمياً إلى سند لحامله (٣) ، أو يبيع العقار المنتفع به ويبادر إلى تسجيل البيع قبل أن يسجل المنتفع حق الانتفاع (٤) .

٥٣٣ – حق مالك الرقبة استثناء فى تعطيل أو إنقاص حق المنتفع للمحافظة على العين : على أن مالك الرقبة ، إذا كان عليه فى الأصل أن يمتنع عن تعطيل أو إنقاص حق المنتفع شأنه فى ذلك شأن أى شخص آخر ، ليس كأى شخص آخر أجنبياً عن العين ، بل هى ملكه ويعنيه أن يحافظ على سلامتها . فله أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة فى العين ولو لم يوافق المنتفع ، بل ولو حرم المنتفع بذلك من الانتفاع بالعين المدة اللازمة للقيام بهذه الإصلاحات ، وذلك دون أن يكون مالك الرقبة مسئولا عن تعويض المنتفع عن هذه المدة . فالإصلاحات الجسيمة ، وإن لم يكن القيام بها التزاماً فى ذمة مالك الرقبة ، إلا أن القيام بها من حقه حتى يحافظ على سلامة العين (٥) .

---

(١) بازو فقرة ١٦٦١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص ٦٨٥ – بودرى وشوفو فقرة ٥٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٥ .

(٤) والذى يقطع فى أنه لا يوجد التزام شخصى فى هذا الصدد فى ذمة مالك الرقبة أن هذا الأخير إذا كان له عقار مجاور للعقار المنتفع به ، فان له أن يستعمل حقه ملكيته كاملا فى هذا العقار ، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمنتفع ، مادام أنه قد راعى التزامات الجوار فلم يلحق بالمنتفع ضرراً غير مألوف (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص ٦٨٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٥) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

وإذا كان القيام بالإصلاحات الجسيمة من حق مالك الرقبة ، فأولى أن يكون من حقه إعادة بناء ما تهدم من العين بسبب فجائى أو بسبب القدم ، وقد سبق الكلام فى ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

الفرع الثالث
انتهاء حق الانتفاع

المبحث الأول
الأسباب التى ينتهى بها حق الانتفاع

٥٣٤ - بيان هذه الأسباب : السببان المألوفان لانتهاء حق الانتفاع هما انقضاء الأجل وموت المنتفع . ثم إن حق الانتفاع قد ينتهى بهلاك الشيء ، وبعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وهذان السببان قد ورد فى شأنهما نص صريح ، يضاف إلى الأسباب الأربعة المتقدمة ثلاثة أسباب أخرى لم يرد فى شأنها نص صريح ، هى تملك حق الانتفاع بالتقادم ، والنزول عنه ، واتحاد الذمة . فهذه أسباب سبعة (٢) ، نستعرضها على التعاقب .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ - وانظر فى التأمين على العين المنتفع بها ، سواء من جانب مالك الرقبة وحده أو من جانب المنتفع أوكان من جانبهما معاً ، ولمصلحة أى منهما أولمصلحة الاثنين : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٣ .

وهناك رأى فى الفقه الفرنسى يدعو إلى إيجاد تضامن وتعاون أكبر بين مالك الرقبة والمنتفع فى خلال مدة الانتفاع ، فيجوز مثلا للمنتفع أن يلزم مالك الرقبة بالقيام بالإصلاحات الجسيمة ، ويكون له الحق فى تقاضى تعويض عن التحسينات والمنشآت التى يستحدثها فى العين المنتفع بها ، ويكون له تحت رقابة القضاء الحق فى تعديل طرق الانتفاع بالعين المنتفع بها وطرق استغلالها (كاربونييه ص ١١٥) .

(٢) وهناك أسباب أخرى ، تكفى الإشارة إليها هنا . فقد ينتهى حق الانتفاع لسقوطه بسوء الاستعمال ، وقد تقدم الكلام فى ذلك (آنفاً فقرة ٥١٤) . وقد ينتهى أيضاً بفسخ حق المالك الذى رتب الانتفاع ، كما لوكانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ ويتحقق الشرط ومن ثم تزول الملكية بأثر رجعى ويزول تبعاً لزوالها مارتبه المالك من حق الانتفاع ، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة . أما شبه حق الانتفاع ، وفيه تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك إلى المنتفع ، فانه لاينتهى إلا بانقضاء الأجل وبموت المنتفع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦١) .

٥٣٥ – انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وبموت المنتفع نص

قانونى : تنص المادة ٩٩٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فإن لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع . وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع ، حتى قبل انقضاء الأجل المعين » .

« ٢ – وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن »[1] .

ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع أما أن يحدد سند إنشائه (العقد أو الوصية) له أجلا ، أو ألا يحدد . ففى الحالة الأولى ينتهى حق الانتفاع بأحد أمرين : انقضاء الأجل المحدد[2] ، أو موت المنتفع حتى قبل انقضاء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٨ – ص ٥٥٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق: م ٣٣/١٦ : لايعطى ذلك الحق إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهى على كل حال بوفاته إن لم يكن ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة . م ٤٦/٢٧ : ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له ، أو بترك المنتفع حقه فيه ، أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع ، أو باستعماله استعمالا غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٥٤/١و٢ : ١ – يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله ، أو بموت المنتفع أو بتلف الشىء المنتفع به تلفا كاملا ، ... ٢ – لايكون لهذا السقوط أثر قانونى إلا بعد ترقين القيد المدون فى السجل العقارى .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٧ (مطابق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٣ مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٥٠ (وتطابق م ٩٥٤/١و٢ سورى سالفة الذكر ، والمادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حق الانتفاع ينتهى بانقضاء الأجل وينتهى معه حق من تلقى حق الانتفاع والمنتفع ، وذلك دون حاجة إلى إعذار من المالك أو انذار منه (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

الأجل المحدد . ونرى من ذلك أن حق الانتفاع لا يورث ، ما دام ينتهى حتما بموت المنتفع . وفى الحالة الثانية ، إذا لم يحدد لحق الانتفاع أجل ، اعتبر هذا الحق مقرراً مدى حياة المنتفع ، وانتهى هنا أيضاً بموت المنتفع (١) .

وإذا انتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل أو بموت المنتفع ، وكان فى الأرض زرع قائم . فقد قدمنا أن الأرض تترك للمنتفع إذا كان انتهاء حق الانتفاع بسبب انقضاء الأجل ، أو تترك لورثته إذا كان انتهاء هذا الحق بموت المنتفع ، إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفع المنتفع أو ورثته لمالك الرقبة أجرة المثل للأرض من وقت انتهاء حق الانتفاع إلى وقت إدراك الزرع (٢) .

٥٣٦ – انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشىء نص قانونى : تنص المادة ٩٩٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشىء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشىء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » .

« ٢ – وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك . فلا يجبر على إعادة الشىء إلى أصله . ولكنه إذا أعاده . رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه . وفى هذه الحالة تطبق المادة ٩٨٩ الفقرة الثانية » (٣) .

---

(١) وقد قدمنا أنه إذا قرر حق الانتفاع لمصلحة شخص معنوى ، فإنه يدوم مادام هذا الشخص المعنوى قائماً ، ولا ينتهى إلا بانحلال الشخص المعنوى ، ما لم يكن قد حدد أجل لحق الانتفاع وانقضى الأجل قبل انحلال الشخص المعنوى (أنظر آنفاً فقرة ٤٨٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشىء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشىء إلى العوض الذى قام مقامه . ٢ – وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشىء لأصله . ولكنه إذا أعاده ، رجع حق الانتفاع » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٩ فى المشروع النهائى ، بعد تعديله على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥١ – ص ٥٥٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٧/٤٦ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٥ فى الهامش) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٥٤/٣ : ينتقل حق الانتفاع عند الاقتضاء إلى التعويض المدفوع

ويخلص من هذا النص أنه إذا هلك الشيء المنتفع به هلاكاً كلياً ، انتهى حق الانتفاع لانعدام محله . والهلاك قد يكون مادياً كما إذا احترقت الدار أو انهدمت ، وقد يكون قانونياً كما إذا نزعت ملكية الشيء للمنفعة العامة .

فاذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ المنتفع ، ألزم باعادة الشيء إلى أصله على سبيل التعويض ، ويعود حق الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ مالك الرقبة ، أجبر على إعادة الشيء إلى أصله ، ويعود حق الانتفاع مع تعويض المنتفع عن المدة التي فاته فيها الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ الغير ، فان حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض المترتب في ذمة الغير ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة لأن التعويض وهو مبلغ من النقود قابل للاستهلاك . وكذلك الحكم فيما إذا كان الهلاك يرجع إلى نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة ، فينتقل حق الانتفاع إلى التعويض ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة . وإذا كان الهلاك قضاء وقدراً ، لم يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله ، ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع للمنتفع ، ويلتزم هذا بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه طول الباقي من مدة حق الانتفاع (م ٩٨٩ / ٢ مدني) .

وإذا كان الشيء مؤمناً عليه ، فان كان التأمين لمصلحة المنتفع وحده كان له قبض مبلغ التأمين ، وكذلك إذا كان التأمين لمصلحة المالك وحده فان لهذا أيضاً قبض مبلغ التأمين . أما إذا كان التأمين لمصلحة الاثنين معاً ، فان حق الانتفاع ينتقل إلى مبلغ التأمين ، ويكون للمنتفع فوائده وللمالك رأس المال[1]

عن التأمين أو ثمن الاستهلاك لمنفعة عامة (وانظر م ٩٥٤/١ سوري آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش) .

م ٩٥٦ : ١ – إذا لم يكن حق الانتفاع جارياً إلا على بناية ، وحدث أن تلفت هذه البناية بحريق أو بحادث آخر ، أو أنها سقطت من القدم ، فلا يحق للمنتفع أن يستغل الأرض ولا مواد البناء . ٢ – ويكون الأمر بالعكس فيما إذا كان الانتفاع يشمل تمام العقار الذي تكون البناية جزءاً منه ، مالم تطبق في الحالتين المذكورتين الفقرة الثانية من المادة ٩٥٠ .

(وهذه الأحكام تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م٥٠ (توافق المادة ٩٥٤ مدني سوري بفقراتها الثلاث ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٥٢ (توافق المادة ٩٥٦ مدني سوري ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦٥ ص ٨٤٣ .

٥٣٧ – انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال – نص قانونى : تنص المادة ٩٩٥ مدنى على ما يأتى :

« ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة »[١] .

ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ، ككل حق عينى آخر عدا حق الملكية ، يسقط بالتقادم المسقط ، أى بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . وينقطع التقادم باستعمال المنتفع أو من ينوب عنه (كمستأجر أو مشتر) العين ولو مرة واحدة ، بل ولو انطوت هذه المرة على إساءة فى الاستعمال . وكذلك يوقف التقادم كلما وجد سبب يتعذر معه على المنتفع أن يستعمل العين ، كما لو كان المنتفع قاصراً وليس له ولى أو وصى .

ومتى انتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال ، عاد الحق إلى مالك الرقبة . وفقد حق الانتفاع بالتقادم المسقط غير كسبه بالتقادم المكسب[٢] .

٥٣٨ – انتهاء حق الانتفاع بتملكه بالتقادم المكسب : وهنا نفترض أن شخصاً وضع يده على حق الانتفاع ، فكسبه بالتقادم أو بالحيازة . وبهذا يفقد المنتفع الأصلى حقه ، لا بعدم الاستعمال الذى يجب أن يدوم خمس عشرة سنة ، بل لأن الغير قد كسب هذا الحق بتقادم قد تكون مدته خمس عشرة سنة ، وقد تكون مدته خمس سنوات ، بل قد يكسب الغير حق الانتفاع بمجرد الحيازة .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٣ – ص ٥٥٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٩/٥٠ : ينتهى حق الانتفاع أيضاً بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٦٠ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٤ .

ويكسب الغير حق الانتفاع بالتقادم المكسب الطويل . ومدته خمس عشرة سنة ، إذا حازه شخص سيء النية ، في كل من العقار والمنقول . ويكسب بالتقادم المكسب القصير . إذا حازه شخص حسن النية وكان مترتباً على عقار . ويكسب بمجرد الحيازة ، إذا كان مترتباً على منقول وكان الحائز حسن النية [1] .

٥٣٩ – انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه : ويجوز للمنتفع أن ينزل عن حقه في الانتفاع ، فيزول هذا الحق ، وتعود إلى مالك الرقبة ملكية العين كاملة . ويقع النزول إما بإرادة منفردة تصدر من المنتفع ، أو بتوافق إرادتي المنتفع ومالك الرقبة .

فاذا وقع النزول بارادة المنتفع المنفردة ، فليس هناك شكل خاص لهذه الإرادة ، بل يصح أن تكون إرادة ضمنية . وبيع مالك الرقبة ملكية العين كاملة بموافقة المنتفع وبدون تحفظ من هذا الأخير ، قد يدل تبعاً للظروف التي تحيط بالبيع على أن المنتفع قد نزل نزولا ضمنياً عن حق الانتفاع . ونزول المنتفع عن حقه بارادته المنفردة يسري دون حاجة إلى قبول مالك الرقبة ، ولا يجوز للمنتفع بعد أن يصدر منه النزول أن يعدل عنه .

وإذا وقع النزول باتفاق بين المنتفع ومالك الرقبة ، فان هذا الاتفاق قد يكون تبرعاً من جانب المنتفع ، ولا يكون هذا هبة لحق الانتفاع بل نزولا عنه لمالك الرقبة ، فلا يشترط أن يكون الاتفاق في شكل الهبة ، وقد يكون الاتفاق معاوضة ، بأن يعطي مالك الرقبة للمنتفع مقابلا لنزوله عن حق الانتفاع . وسواء كان النزول تبرعاً أو معاوضة ، فهو نزول عن حق الانتفاع ، وليس نقلا لهذا الحق لمالك الرقبة . ذلك بأن مالك الرقبة ليس في حاجة إلى أن ينتقل له حق الانتفاع ، بل يكفي أن ينزل المنتفع عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقبة .

وإذا كان حق الانتفاع مترتباً على عقار ، فان النزول عنه لا يحتج به على الغير ، كدائن مرتهن لحق الانتفاع ، إلا بالتسجيل . فاذا كان الدائن

(١) ويصح أن يكون الذي يكسب حق الانتفاع بالتقادم هو مالك الرقبة نفسه إذا وضع يده على حق الانتفاع بنية تملكه ، كما يصح أن يضع الغير يده على العين كلها بنية تملكها فيكسب ملكيتها الكاملة ، ويضيع على كل من المنتفع ومالك الرقبة حقه في العين (مازو فقرة ١٦٨٢) .

المرتهن لحق الانتفاع قد قيد الرهن قبل تسجيل النزول ، فان الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا النزول . ولدائنى المنتفع أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى نزول المنتفع عن حقه ، إذا وقع هذا النزول غشا بإضرار بحقوقهم [١] .

٥٤٠ – انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٥٠ . وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ينتهى حق الانتفاع إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا المنتفع والمالك ، غير أنه لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقائه » [٢] . ونخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ينتهى باتحاد الذمة (consolidation) . ويكون ذلك إما بأن تنتقل ملكية الرقبة إلى المنتفع فيجتمع فى هذا الأخير صفتا المنتفع والمالك ، أو بأن ينتقل حق الانتفاع إلى مالك الرقبة فيجتمع هنا أيضاً فى مالك الرقبة صفتا المالك والمنتفع . وفى الحالتين ينتهى حق الانتفاع ، وبانتهائه تثبت الملكية كاملة إما للمنتفع إذا انتقلت إليه الرقبة أو لمالك الرقبة إذا انتقل إليه حق الانتفاع [٣] . وإذا انتقلت الرقبة أو حق الانتفاع بسبب

---

(١) أنظر م ٩٥٩ مدنى سورى وم ٥٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦٦ ص ٨٤٤ – ص ٨٤٥ .

(٢) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . وانظر المادة ١٢٥٩ مدنى عراقى .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٥٠ من هذا المشروع : « ينتهى حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة ، بأن يرث المالك المنتفع أو يرث المنتفع المالك ، أو يشترى المالك حق الانتفاع أو يشترى المنتفع حق الرقبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . ويلاحظ على هذا القول أنه لايتأتى أن يرث المالك المنتفع ، لأن حق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع ، فلا يورث عنه هذا الحق . وإنما تعود ملكية العين كاملة لصاحب الرقبة بموت المنتفع ، لا بسبب اتحاد الذمة ، بل لانتهاء حق الانتفاع (بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ ص ٤٧٨) .

والقول بأن اتحاد الذمة يتحقق بانتقال الرقبة إلى المنتفع أو بانتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقبة هو القول المشهور (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٦٩٥ - ص ٦٩٦ وهامش ٢٦ – بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ – فقرة ٧٣٩) . وهناك رأى يذهب إلى أن اتحاد الذمة لايتحقق فى شخص مالك الرقبة ، لأن هذا المالك إذا حصل على حق الانتفاع معاوضة أوتبرعا ، اعتبر ذلك نزولا من المنتفع عن حقه فيزول حق الانتفاع ، وترجع الملكية كاملة لمالك الرقبة ، لا بموجب اتحاد الذمة ، بل بموجب زوال حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٠) . وهذا الرأى الأخير هو الذى نختاره ، فقد قدمنا أن انتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقبة لا يعد انتقالا بل هو نزول عن حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٩) .

زال بأثر رجعى ، كعقد أبطل أو فسخ ، فان اتحاد الذمة يزول هو أيضاً بأثر رجعى ، ويعود حق الانتفاع إلى الظهور .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى تفسير ما جاء فى آخر المادة ١٢٥٠ من المشروع من أن حق الانتهاء لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقائه ، ما يأتى « ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالعقد مثلا ، وكان حق الانتفاع مرهوناً ، فان الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة . أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع ، إذا عاد إلى صاحب الرقبة ، أو إذا ملك المنتفع الرقبة المرهونة ، تعدى الرهن إلى حق الانتفاع ، لأن الرقبة هى الأصل وحق الانتفاع تبع لها فيشملها الرهن . وكذلك احتاط المشروع ، فنص على أن حق الانتفاع لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقائه . وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة ، فيبقى حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة حتى لا يتعدى إليه الرهن » (١) .

المبحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع

٥٤١ – رد الشىء المنتفع به إلى المالك : يترتب على انتهاء حق الانتفاع ، فى أكثر أسباب انتهاء هذا الحق ، أن تعود ملكية الشىء كاملة إلى المالك ، ويجب فى هذه الحالة على المنتفع أو ورثته رد الشىء إليه . وقد يكون الرد عيناً ، ويغلب أن يكون ذلك فى العقار كالدار والأرض ، أو فى بعض المنقولات كالمتجر والأسهم والسندات . فاذا كان الشىء قابلا للاستهلاك ، فقد قدمنا أن الملكية تنتقل إلى المنتفع ، ويرد إلى المالك مثله أو قيمته .

وإذا هلك الشىء ، كأن احترقت الدار ، فعلى المنتفع أن يثبت أن الحريق لا يرجع إلى خطأ فى جانبه ، وإلا كان مسئولا عن التعويض (٢) .

٥٤٢ – المبالغ التى يستردها المنتفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع : وقدمنا أن هناك مبالغ قد ينفقها المنتفع على الشىء المنتفع به ، ويستردها من المالك عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون بذلك قد تحمل بفوائدها ما دام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٢ فى الهامش .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧١ – فقرة ٨٧٥ .

الانتفاع قائماً . من ذلك تكاليف الإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، ويقوم هذا الأخير بها ، ويستردها بعد ذلك من المالك [١] ومن ذلك أيضاً نفقات إعادة البناء الذى تهدم بسبب فجائى أو بسبب القدم ، إذا قام المنتفع باعادة البناء فانه يسترد هذه التكاليف من المالك عند نهاية حق الانتفاع [٢] .

٥٤٣ — ما يحدثه المنتفع من بناء أو غراس : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » [٣] . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب هذا الحذف [٤] . وأمام حذف هذا النص ، لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة .

وهذه تقضى بوجوب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقبة فى البناء أو الغراس ، وتسرى فى إثبات هذا الترخيص القواعد العامة فى الإثبات . وفى هذا الفرض يعتبر المنتفع قد بنى أو غرس بحسن نية ، فتسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥و٩٢٦ مدنى . ومن ثم يتملك صاحب الرقبة البناء أو الغراس بالالتصاق ، وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس . وللمنتفع إذا شاء أن يطلب نزع البناء أو الغراس من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها ؛ ولكن ليس لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس . (الفرض الثانى) أن يكون المنتفع قد بنى أو غرس دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة . وهنا يعتبر سىء النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . فيجوز للمالك أن يطلب

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

(٣) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥/٢٦ : لايجوز للمنتفع لمن يبنى بناء أو يغرس غراسا بدون رضاء المالك ، وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو باقرار المالك أو بامتناعه عن اليمين .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ فى الهامش .

إزالة البناء أو الغراس ، وإلا تملكه بالالتصاق على أن يدفع أدنى القيمتين : قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس [١] .

الفصل الثانى

حق الاستعمال وحق السكنى

(Usage et Habitation)

٥٤٤ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٩٦ مدنى على ما يأتى :

« نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم . وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشىء للحق من أحكام » .

وتنص المادة ٩٩٧ على ما يأتى :

« لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » [٢] .

---

(١) أنظر ماقدمناه آنفا عند الكلام فى الالتصاق فقرة ١٠٦ - وانظر فى القضاء الفرنسى والفقه الفرنسى فى هذه المسألة : أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٧٠ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ - بودرى وشوفو فقرة ٥٦٩ - فقرة ٥٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٩٩٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٥٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧١ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦) .

م ٩٩٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٨) .

م ٩٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٧٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٨ - ص ٥٥٩) .

وتنص المادة ٩٩٨ على ما يأتى :

« فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين » .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣/١٤ [١] .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠٠٠ – ١٠٠٢ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٦١ – ١٢٦٥ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا تقابل [٢] .

٥٤٥ – التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى : حق الاستعمال هو حق عينى يتقرر لشخص على شىء مملوك لغيره ، ويخول صاحب هذا الحق استعمال الشىء لنفسه ولأسرته . فهو إذن فرع عن حق الانتفاع . إذ أن حق الانتفاع يخول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال ، أما هذا الحق

(١) التقنين المدنى السابق م ٣٠/١٤ : ويجوز أن يكون الحق المذكور (حق الانتفاع) أقل مما ذكر على حسب شرط الإتفاق أو شرط التبرع الذى ترتب عليه وجود ذلك ، كأن يكون قاصراً على مجرد الاستعمال الشخصى أو حق السكنى .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٠٠ – ١٠٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٦١ : يصح أن يكون تمليك المنفعة قاصراً على الاستعمال أو على السكنى .

م ١٢٦٢ (توافق المادة ٩٩٦ مصرى) .

م ١٢٦٣ (تطابق المادة ٩٩٧ مصرى) .

م ١٢٦٤ : ١ – إذا احتاجت الدار التى تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق باجرائه ، على أن تكون المبانى التى يقيمها ملكا خالصا له ينتقل إلى ورثته . ٢ – فاذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللمحكمة أن تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصما من الأجرة ، ويرد الدار فى نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى .

(يطابق هذا النص المادة ١٢٥٤ من المشروع التمهيدى لتقنين المدنى المصرى) .

م ١٢٦٥ (تطابق المادة ٩٩٨ مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل . ولكن المادة ٥٣٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى تنص على ما يأتى : «من ليس له على الشىء سوى حق الاستعمال الشخصى أو حق السكنى أو حق الحبس أو حق التأمين لا يجوز له أن يؤجره» .

فلا يخول صاحبه إلا حق الاستعمال ، بل وحق الاستعمال محدوداً بحاجاته الشخصية هو وأسرته . والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق الاستعمال ، من زوجة وأولاد وأقارب وخدم . وقد يتحدد حق الاستعمال فى وجوه معينة من الاستعمال دون غيرها ، فيكون حق استعمال مقيداً (droit d'usage restraint) .

أما حق السكنى فهو فرع عن حق الاستعمال ، إذ هو مقصور على نوع معين من الاستعمال هو السكنى . فمحل حق السكنى إذن يكون داراً يسكن فيها صاحب الحق وأسرته ، والمقصود بالأسرة هنا هو نفس المقصود بالأسرة فى حق الاستعمال.

وعلى ذلك يكون حق الانتفاع هو أعم الحقوق الثلاثة . فاذا تخصص للاستعمال دون الاستغلال ، كان حق استعمال . وإذا تخصص الاستعمال للسكنى دون غيرها من ضروب الاستعمال ، كان هذا هو حق السكنى . ويتضح مما تقدم أن كلا من حق الانتفاع وحق الاستعمال يرد على العقار وعلى المنقول ، أما حق السكنى فلا يرد إلا على العقار وبالذات على دار للسكنى [١].

٥٤٦ - أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى : وأهم ما يختص به حق الاستعمال وحق السكنى دون حق الانتفاع من أحكام هو ما تقرره المادة ٩٩٧ مدنى السالف ذكرها من أنه « لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » . ويقاس على عدم جواز النزول عدم جواز الإيجار . فالأصل إذن أن كلا من حق الاستعمال وحق السكنى مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته ، وبمقدار حاجتهم الشخصية . فلا يجوز لصاحب الحق أن ينزل عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل ، ولا يجوز له أن يؤجره . وإذا نزل عنه للغير أو آجره ، كان النزول أو الإيجار باطلا ، لأنه إنما ينزل عن حقه أو يؤجره وهو حق غير قابل للنزول عنه ولا الإيجار [٢].

---

(١) أنظر استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٥.

(٢) أنظر فى رأى آخر يذهب إلى أن صاحب حق السكنى إنما يؤجر العين ذاتها فيكون إيجاره صحيحا ، ولكن لاينفذ فى حق المالك الذى يكون له أن يسترد العين : منصور مصطفى منصور فى عقدى البيع والإيجار فقرة ١٤٩ ص ٣٤٧ – محمد لبيب شنب فقرة ٩١ – وانظر فى هذه المسألة الوسيط ٦ فقرة ٣٨ ص ٤٨ هامش ٢ – والمسلم به أنه إذا أوصى لشخص بحق سكنى منزل ، فالفتوى على أنه « لايملك المستحقون السكنى فى الدار إيجارها ، ولا أحدهم إسكان غيره فى نصيبه بعوض ، ولو ليأخذ هذا العوض ليدفعه أجرة لمحل يسكن فيه » (فتوى شرعية فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٥٤ ص ٩٧) .

وقد قدمنا عند الكلام فى عقد الإيجار ، أنه « لما كان تطبيق هذا المبدأين فيه ضيق وحرج ، فقد يوصى شخص بسكنى منزل لأولاده ، ويستدير الزمن ، فاذا البيت أصبح لا يليق بسكناهم . وقد ينتقلون من بلد إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكنى المنزل ، ولا يستطيعون إيجاره لغيرهم والانتفاع بالأجرة فى استئجار مسكن لهم فى البلد الذى يقيمون فيه . من أجل ذلك أجازت المادة ٩٩٧ مدنى النزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى إذا وجد شرط صريح أو مبرر قوى لذلك » [١] .

٥٤٧ - حكم خاص بحق السكنى : وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا هو المادة ١٢٥٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ - إذا احتاجت الدار الذى تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق باجرائه ، حتى أن تكون المبانى التى يقيمها ملكا خاصا له ينتقل إلى ورثته . ٢ - فاذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللقاضى أن يؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصما من الأجرة ، ويرد الدار فى نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون بيان لسبب حذفه [٢] ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن المبانى التى يقيمها صاحب حق السكنى فى الدار لإصلاحها ، إذا احتاجت الدار للإصلاح ، يكون لها حكم المبانى التى يقيمها الحائز فى ملك الغير وهو حسن النية ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٥و٩٢٦ مدنى [٣] .

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٣٨ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع فى هذا الصدد : « حق الاستعمال وحق السكنى يتميزان من حق الانتفاع بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق فى حاجة إليه هو وأسرته . فلا يجوز له النزول عنهما إلى الغير ، إلا إذا اشترط ذلك صراحة ، أو وجد مبرر قوى لهذا النزول وقد أدخل المشرع بهذا الاستثناء شيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص ، لأن المبرر القوى كثيراً ما يتحقق فى حق السكنى ، بأن تقدم الدار الموصى بسكناها أو تصبح غير لائقة لسكن المنتفع ، فيكون له فى هذه الحالة أن يؤجرها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ فى الهامش .

(٣) وعلى ذلك يتملك صاحب الدار هذه المبانى بالالتصاق ، وعليه أن يدفع لصاحب حق السكنى أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الدار بسبب المبانى . ولصاحب حق السكنى إن شاء أن يطلب نزع البناء من الدار على أن يعيدها لأصلها ، ولكن ليس لصاحب الدار أن يطلب إزالة البناء .

٥٤٨ – الأحكام المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى : وفيما عدا ما تقدم من الأحكام ، ينطبق على حق الاستعمال وحق السكنى ما سبق بيانه من الأحكام فى حق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدنى سالفة الذكر) . فأسباب كسب حق الاستعمال وحق السكنى هى العقد والوصية والتقادم ، دون الشفعة لأن الشفعة تقتضى بيع المشفوع فيه والحقان لا يجوز بيعهما. والتزامات صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى هى التزامات المنتفع : استعمال الشيء فيما أعد له ، والقيام بأعمال الصيانة والتكاليف المعتادة ، وحفظ الشيء ، وجرد المنقول وتقديم كفالة عنه فى حالة حق الاستعمال . ولكن لا ينطبق فى حق السكنى أن ينتزع القاضى الدار من يد صاحب الحق ليسلمها لأمين كما يفعل فى حق الانتفاع وفقاً لأحكام المادة ٩٨٨ / ٢ مدنى [١] . ولا يجوز للدائنين الحجز على هذين الحقين ، لأنهما غير قابلين للحجز ولا للنزول عنهما [٢] . وينتهى كل من الحقين ، كما ينتهى حق الانتفاع ، بموت صاحب الحق وبانقضاء الأجل وبهلاك الشيء وبعدم الاستعمال وبتملك الحق بالتقادم وبالنزول عن الحق وباتحاد الذمة .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٩ – كذلك لا يلزم صاحب الاستعمال بنفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من ثمار (إسماعيل غانم ص ١٧) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٥ .

الباب الثانى

حق الارتفاق

(Servitude)

تمهيد

٥٤٩ – التعريف بحق الارتفاق – نص قانونى : ينص الشطر الأول من المادة ١٠١٥ مدنى على ما يأتى :

« الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » [١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الشطر الأول من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشطر الأول) فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشطر الأول) ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشطر الأول) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ – ٦٢٥) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١/٣٠ه : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى . وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد – والمقصود بحق الارتفاق المقرر لمنفعة الميرى حقوق الارتفاق الإدارية : الوسيط ٨ فقرة ٥٨ – وهذه غير حقوق الارتفاق المقررة للأفراد على المال العام ، وسيأتى ذكرها فى الشطر الأخير من المادة ١٠١٥ مدنى) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٦٠ : ١ – الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار لمنفعة عقار معين جار فى ملكية شخص غير مالك العقار الأول . ٢ – ويقوم هذا التكليف إما بتخويل شخص آخر من مباشرة أعمال تصرفيه فى العقار المفروض عليه التكليف ، وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠١٨ (الشطر الأول) (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٥٦ (مطابق للمادة ٩٦ سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

ونخلص من هذا التعريف أن هناك عناصر ثلاثة يتكون منها حق الارتفاق : العقار المرتفق ، والعقار المرتفق به ، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق .

(فأولا) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق (fonds dominant) ، وهو العقار الذى تقرر لفائدته حق الارتفاق . ولا يتقرر هذا الحق إلا لفائدة عقار ، ويقرره مالك هذا العقار [١] . ويعتبر هذا الحق تابعا (accessoire) للعقار المرتفق وملحقا به ، وينتقل معه إلى أى يد ينتقل إليها هذا العقار . ولذلك يزيد حق الارتفاق من قيمة العقار المرتفق ، أيا كان المالك لهذا العقار . وجميع الأسباب التى تنقل ملكية العقار المرتفق من مالك إلى آخر ، من ميراث ووصية وعقد وشفعة وتقادم ، تنقل إلى المالك الجديد مع ملكية العقار المرتفق حق الارتفاق [٢] .

(وثانيا) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به (fonds servant) ، وهو العقار الذى تقرر عليه حق الارتفاق ، فحد من منفعته لفائدة العقار المرتفق . وكما أن حق الارتفاق لا يتقرر إلا لفائدة عقار ، فهو أيضا لا يترتب إلا على عقار ، ويرتبه مالك هذا العقار . ومن ثم يكون حق الارتفاق دائما حقا عينيا عقاريا ، فهو عقار حتما [٣] . وينتقل حق الارتفاق سلبيا مع العقار المرتفق به إلى أى يد ينتقل إليها هذا العقار ، كما ينتقل إيجابيا مع العقار المرتفق فيما رأينا . ويجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذى يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد (Nemini res sua servit) . يصح أن يكون هناك عقاران مملوكان لشخص واحد ، وقد خصص المالك أحد العقارين لتقديم فائدة العقار

---

(١) وقد قضى بأن المستأجر لا يستطيع أن يقرر حق ارتفاق لفائدة العقار المؤجر (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٨) .

(٢) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد رأيناه يتقرر لمصلحة شخص معين لا لمصلحة عقار ، ويزول حتما بموت هذا الشخص . ولذلك يسمى عند الرومان بحق الارتفاق الشخصى servitude personelle ، إلى جانب حق الارتفاق الذى يسمى بحق الارتفاق العينى serrvitude réclle — أنظر مازو فقرة ١٦٤٦ .

(٣) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد يترتب على العقار فيكون عقاراً ، وقد يترتب على المنقول فيكون منقولا .

الآخر . ولكن تقاضي هذه الفائدة لا يكون استعمالا لحق ارتفاق ، وإنما هو استعمال لحق الملكية . ما دام العقاران مملوكين لشخص واحد . فإذا ما أصبح مالك أحد العقارين غير مالك للعقار الآخر ، فهنا يقوم حق ارتفاق بين العقارين لاختلاف المالك . ويترتب حق الارتفاق في هذه الحالة بتخصيص المالك الأصلي كما سنرى (انظر المادة ١٠١٧ مدني) (١) .

(وثالثاً) يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة تحد من منفعة العقار الأول . فالعقار المرتفق به يخدم العقار المرتفق . ومن أجل ذلك سمي العقار الأول بالعقار الخادم وسمي العقار الثاني بالعقار المخدوم . وهذه الخدمة أو هذا التكليف يحدده السند الذي أنشأ حق الارتفاق ، وهو يتنوع بحسب حاجة العقار المرتفق وقابلية العقار المرتفق به . وهو في جميع الأحوال يزيد من فائدة العقار الأول أي من قيمته ، ويحد من منفعة العقار الثاني إذ يجعله مثقلا بتكليف معين . ومن أمثلة هذا التكليف أن يكون العقار المرتفق به ممرا للعقار المرتفق ، أو موردا للمياه التي تسقيه ، أو مجرى للمياه التي تأتيه للري ، أو مكانا تسيل منه مياه الصرف . فيكون هناك حقوق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل ، وهذه غير القيود القانونية المتعلقة بالمرور أو بمياه الري التي سبق بحثها عند الكلام في حق الملكية (٢) . والفرق بين هذه وتلك أن القيود القانونية تستوجب استيفاء شروط معينة ، متى توافرت فإن القانون نفسه هو الذي يرتب تكليفا على عقار لفائدة عقار آخر . أما حقوق الارتفاق التي نحن بصددها فلا تستوجب توافر هذه الشروط ، ولا يرتبها القانون ، وإنما يرتبها الاتفاق أو غيره من أسباب كسب حق الارتفاق التي

---

(١) ووحدة المالك إنما تمنع من قيام حق الارتفاق إذا كان شخص واحد يملك كلا من العقارين ملكية تامة لايشاركه فيها أحد . وإلا فإنه يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يملكه اثنان على الشيوع لفائدة عقار آخر يستقل بملكيته أحد هذين الإثنين ، كما يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يستقل بملكيته شخص واحد لفائدة عقار آخر يملكه هذا الشخص شائعا مع آخرين (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٧ – بودري وشوفو فقرة ٨٠٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨٩ ص ٨٧١ – مارتي ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٧١) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٤ .

سيأتى بيانها . وقد يختلف التكليف فى نوعه عن التكاليف المقررة فى القيود القانونية ، فيوجد مثلا حق ارتفاق بالرؤية (prospect) بموجبه يمتنع مالك العقار المرتفق به من أن يبنى فى عقاره حتى يفسح للعقار المرتفق مجال الرؤية البعيدة التى يتمتع بها . وتوجد أيضا حقوق الارتفاق التى تحد من حق مالك العقار المرتفق به فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته . ويوجد كذلك حق ارتفاق بالتجميل (embellissemevt) يترتب على العقارات المحاذية لطريق عام يراد تجميله ، وبموجبه يترك ملاك هذه العقارات مسافة معينة تفصل بين العقار والطريق العام ، ويبنى المالك فى هذه المسافة حوضا يغرس فيه زهورا بقصد تجميل المنظر العام للطريق . ونرى من ذلك أن التكليف الذى يثقل العقار المرتفق به ، كما يقصد به فائدة (utilité) العقار المرتفق وهو الغالب ، قد يقصد به تزيين هذا العقار والزيادة فى رونقه (agrément) كما هو الأمر فى حق الارتفاق بالرؤية وحق الإرتفاق بالتجميل .

ولا يشترط فى الفائدة أن تكون حالة ، بل يصح أن تكون مستقبلة » (١) . ولا تستلزم الفائدة التى يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق تلاصق (contiguité) هذين العقارين، بل ولا تجاورهما (voisinage) . فيصح أن يكون أحدهما بعيدا عن الآخر ، كما إذا ترتب حق ارتفاق باغتراف

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٠ – وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٨٧ من هذا المشروع ، تجرى على الوجه الآتى : « ١ – يجوز أن يرتب حق الارتفاق لتحقيق فائدة مستقبلة للعقار المرتفق . ٢ – وإذا كان العقار المرتفق أو العقار المرتفق به بناء مزمعا إقامته أو عقاراً مزمعاً تملكه ، فان الارتفاق لايتقرر إلا عند تمام البناء أو تحقق الملك » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « الأصل أن تكون الخدمة حالة ، ولكنها قد تكون مستقبلة ، كحق ارتفاق يقرر على بناء مزمع إقامته فيتفق صاحب العقار المرتفق مع صاحب البناء المستقبل على تقرير حق مطل مثلا على هذا البناء عند تمامه ، وكحق ارتفاق يقرر على عقار مزمع تملكه فيتفق صاحب العقار المرتفق مع الشخص الذى سيتملك هذا العقار على أن يكون له حق مرور عليه عند تملكه» . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، تجنباً للتفصيلات . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ – ص ٦٢٤ فى الهامش .

وقد قضى بأن حق الارتفاق يمكن إنشاؤه فوراً لفائدة مقبلة للعقار المرتفق (مصر الكلية ٥ يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٤٥ ص ٦٥ – شفيق شحاتة فقرة ٣٢٣ ص ٣١٩)

المياه (puisage d'eau) . أو باستخراج الأحجار والمواد الأخرى (extraction des matériaux) لمصلحة عقار على عقار آخر يبعد عنه بمسافة طويلة [١] .

٥٥٠ – خصائص حق الارتفاق : وقد تبين مما قدمناه أن حق الارتفاق هو حق عيني يترتب على عقار لفائدة عقار آخر . فهو إذن حق عيني عقارى كما سبق القول . ولحق الارتفاق . إلى جانب هذه الخاصية ، خصائص أخرى أهمها ثلاث : (١) فهو حق تابع (accessoire) . (٢) وهو حق دائم (perpétuel) . (٣) وهو حق غير قابل للتجزئة (indivisible) .

١ – فحق الارتفاق حق تابع : تابع للعقار المرتفق فهو من ملحقاته الإيجابية ، ولا ينفصل عن هذا العقار فيما يجرى على العقار من تصرفات . فاذا بيع العقار المرتفق أو وهب أو رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر . فان التصرف يشمل العقار وحق الارتفاق معاً . كذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى . فان هذا الحق تمتد أيضا إلى حق الارتفاق . واذا حجز على العقار . فان الحجز يشمل العقار وحق الارتفاق . فحق الارتفاق يتبع إذن العقار المرتفق أينما انتقل . ويجرى عليه ما يجرى على العقار (ambulant cum domino) [٢] .

وكذلك يتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به . على النحو الذى يتبع به العقار المرتفق . فاذا بيع العقار المرتفق به أو وهب أو رتب عليه حق انتفاع أو حق رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر . فانه يجرى عليه هذا التصرف وهو محمل بحق الارتفاق ، فينتقل إلى المشترى أو الموهوب له أو المنتفع مثلا مثقلا بحق الارتفاق .

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩١ – بودرى وشوفو فقرة ٨٠١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٠ – مارتى ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ – نقض فرنسى ٧ يوليه سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ٤٦٩ .

(٢) كذلك لا يمكن التصرف فى حق الارتفاق منفصلا عن العقار المرتفق . فيبيعه مثلا مالك العقار المرتفق مستقلا عن العقار أو يرهنه أو يحجز عليه الدائنون . والذى يجوز هو أن ينزل مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق مستقلا لمصلحة مالك العقار المرتفق به . فيزول حق الارتفاق بالنزول عنه . أنظر مازو فقرة ١٧١١ ص ١٣٥٢ .

٢ – وحق الارتفاق حق دائم : والمقصود بدوام حق الارتفاق شيء غير المقصود بدوام حق الملكية . فقد قدمنا أن الملكية حق دائم بمعان ثلاثة : بمعنى إنه يبقى مادام الشيء المملوك باقيا فلم يحدد له القانون وقتا معينا لإنقضائه كما حدد لحق الانتفاع مثلا ، وبمعنى أنه حق لا يزول بعدم الاستعمال ، وبمعنى أنه حق لا يجوز أن يقترن بأجل [١] . أما حق الارتفاق ، فانه لا يتفق فى صفة الدوام مع حق الملكية إلا فى جزء من المعنى الأول .

فحق الارتفاق يختلف مع حق الملكية فى المعنى الثالث ، إذ يجوز أن يقترن حق الارتفاق بأجل واقف أو بأجل فاسخ . [٢] ويختلف مع حق الملكية فى المعنى الثانى ، إذ ينتهى حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (م ١٠٢٧ / ١ مدنى) [٣] . أما فى المعنى الأول ، فان حق الارتفاق يشترك مع حق الملكية فى جزء من هذا المعنى ، وهذا الجزء المشترك هو الذى دعا إلى القول بأن حق الارتفاق حق دائم . فحق الارتفاق حق دائم بمعنى أن هذا الدوام من طبيعته (de sa natiure) ، فما لم يوقت بأجل فهو دائم كحق الملكية ، إذ هو يتبع حق الملكية فى العقار المرتفق فيدوم بدوامه [٤] . ولكن

---

(١) أنظر فى هذه المعانى الثلاثة الوسيط ٨ فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٣١ .

(٢) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لبداية حق الارتفاق أجلا لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف ، أو يضرب لنهايته أجلا ينتهى عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ .

(٣) وفى هذا الصدد يتميز حق الملكية عن حق الارتفاق تميزاً واضحاً ، ويتبين ذلك فى فروض من أهمها الطريق المشترك بين مالكين مجاورين لهذا الطريق . فاما أن نقول إن كل مالك يملك نصف الطريق المجاور لملكه ملكية مفرزة وله حق ارتفاق بالمرور على النصف الآخر ، أو نقول إن الطريق بأجمعه مملوك للمالكين معاً ملكية شائعة . فى القول الأول يوجد حق ارتفاق بالمرور لكل مالك فى نصف الطريق غير المجاور لملكه ، فيزول هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وكذلك ينتهى إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال حق الارتفاق (م ١٠٢٨/ ٢ مدنى) ، ويجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق (م ١٠٢٩ مدنى) . وفى القول الثانى يكون الطريق مملوكاً للمالكين معاً ملكية شائعة ، فلا تسقط هذه الملكية بعدم استعمال الطريق مهما طالت مدة عدم الاستعمال ، ولا يزول حق الملكية مهما تغير وضع الأشياء ومهما فقد المرور كل منفعة لكل من العقارين المجاورين (أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٩٧) .

(٤) وفى هذا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع ، فقد رأينا أن حق الانتفاع موقت دائما ، ويزول حتماً بموت المنتفع .

الدوام فى حق الارتفاق ليس من جوهره (de son essence) كما هو من جوهر حق الملكية ، فقد رأينا أنه يجوز توقيت حق الارتفاق ولا يجوز توقيت حق الملكية . فاذا قلنا إن حق الإرتفاق حق دائم ، فانما نعنى بذلك أن هذا هو الأصل فيه[1] . ولكن هذا لا يمنع من أن حق الارتفاق ينتهى مستقلا عن حق الملكية بأسباب متعددة ، منها انقضاء الأجل المحدد له وعدم الاستعمال وتغير وضع الأشياء وفقد الارتفاق منفعته للعقار المرتفق .

٣ — وحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة : فاذا جزىء العقار المرتفق ، بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه (م ١/١٠٢٤ مدنى) . وإذا جزىء العقار المرتفق به ، بقى الارتفاق واقعا على كل جزء منه (م ١/١٠٢٥ مدنى) . وإذا كان هناك عقار مملوك على الشيوع لعدة أشخاص ، لم يجز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع من هذا العقار ، أو لمصلحة جزء شائع منه . بل يكون حق الارتفاق مترتبا على العقار الشائع فى مجموعه ، أو لصالح كل العقار الشائع ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك على الشيوع[2] .

٥٥١ — الأشياء التى تصلح أن تكون محلا للارتفاق : رأينا[3] أن المادة ١/١٠١٥ مدنى تقول إن « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار ... » . فالشىء الذى يحد حق الارتفاق من منفعته هو الشىء الذى يكون محلا لحق الارتفاق ، ولا بد أن يكون عقارا كما هو صريح النص وكما تقدم القول . فلا يصلح المنقول أن يكون محلا لحق الارتفاق ، كما يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع فيما قدمناه . ولما كان استعمال حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية ، فالعقار الذى يصلح أن يكون محلا لهذا الحق يجب أن يكون عقارا بطبيعته . ومن ثم لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق الحقوق العينية العقارية ، كحق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، وكحق الارتفاق ذاته فلا يصلح هذا الحق أن يكون محلا لحق ارتفاق آخر مترتب عليه (servitus servitutis esse non potest) كما يصلح حق الانتفاع أن يكون

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ — مارتى ورينو فقرة ١٤٢ ص ١٦٢ — نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٤٦٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .

محلا لحق انتفاع [١] . ولا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار بطبيعته ، إذ هى فى حقيقتها منقول بطبيعته .

يبقى إذن العقار بطبيعته ، وهو أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت . ويستبعد القضاء الفرنسى النبات كالزرع والغراس والأشجار ، فلا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق ، لأن بقاءه فى الأرض لا يكون الا لمدة معينه [٢] .

فالذى يصلح إذن أن يكون محلا لحق الارتفاق هو الأرض والمنشآت ، وقد عبر عنها التقنين المدنى الفرنسى عند تعريفه لحق الارتفاق فى المادة ٦٣٧ منه بلفظ (héritage)[٣] .

فالأرض ، سواء كانت أرضا زراعية أو أرضا فضاء ، وسواء كانت فى المدن أو فى القرى ، تصلح أن تكون محلا للارتفاق [٤] .

والمبانى والمنشآت تصلح هى أيضا أن تكون محلا لحق الارتفاق ، إذ هى عقار بطبيعته لاندماجها فى الأرض [٥] ، ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندمجت فى الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت . ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والمخازن والمصانع والجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر [٦] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٧ .

(٢) نقض فرنسى ٦ أبريل سنة ١٨٤١ داللوز ٤١ - ١ - ٢١٤ - بودرى وشوفو فقرة ٧٩٢ - وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧ ص ٨٦٧ .

(٣) وكلمة héritage أتت من الكلمة اللاتينية herus ومعناها المالك . فهى ترادف معنى الملكية فى العقار والمنقول . ولكنها تخصصت للعقار (الأرض والمنشآت) ، لأن المنقول فى القانون الفرنسى القديم لم تكن له قيمة مذكورة (بودرى وشوفو فقرة ٧٩٢) .

(٤) وتشمل الأرض fonds سطحها surface ، دون ما يقام فوق سطح الأرض من مبان ومنشآت أو ينبت من زرع أو يغرس من شجر ، وكذلك تشمل باطنها بعناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك (الوسيط ٨ فقرة ٩ ص ٢٠) .

(٥) وهى قبل تشييدها فى الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته ، كيات من الطوب والرمل والإسمنت والجير والجبس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التى تستعمل فى البناء .

(٦) الوسيط ٨ فقرة ١١ ص ٢٤ - ص ٢٥ .

وحتى تكون الأرض والمنشآت محلا لحق الارتفاق ، يجب أن تكون قابلة للتعامل فيها . فما لا يجوز التعامل فيه لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق . ومع ذلك يصلح المال العام (domaine public) أن يكون محلا لحق الارتفاق ، إن كان ذلك لا يتعارض مع ما خصص له من وجوه الاستعمال للمنفعة العامة . وننتقل الآن إلى بحث هذه المسألة .

٥٥٢ – جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام – نص قانوني : ينص الشطر الأخير من المادة ١٠١٥ مدنى على ما يأتى :

« ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال »[1] .

وقدمنا عند الكلام فى الدومين العام أن هذا المال لا يجوز التصرف فيه بما يتعارض مع المنفعة العامة التى تخصص لها . فلا يجوز للشخص الادارى أن يبيع المال العام أو أن يرهنه أو أن يجرى فيه أى تصرف يتعارض مع تخصيصه ، فان مثل هذا التصرف من شأنه أن يزيل ملكية الشخص الإدارى للمال العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . على أن هناك أنواعا من التصرف تلائم الأموال العامة ، وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة . من ذلك منح التزام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على مال عام ، وهو جائز لملاءمته لطبيعة المرفق العام . كذلك هناك أموال مخصصة للمنفعة العامة ، وهذا التخصيص فى ذاته يقتضى استغلال

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الشطر الأخير من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشطر الأخير) فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشطر الأخير) ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشطر الأخير) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ – ص ٦٢٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠١٨ (الشطر الأخير) (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

الدولة لها . وذلك كالسكك الحديدية وخطوط التلغراف والتليفون ، فإن تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون فى صورة استغلال يعود عادة بربح على الدولة [١] .

ونضيف هنا أنه يجوز ترتيب حق ارتفاق على المال العام ، إن كان ترتيب هذا الحق لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٠١٥ مدنى سالفة الذكر [٢] . ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة : (١) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام متعارضا (incompatible) مع المنفعة العامة التى خصص لها هذا المال ، كأن يترتب لدار مجاورة لحديقة عامة حق ارتفاق فى إقامة أكشاك أو وضع مقاعد خشبية تختص بها الدار . مثل هذا الارتفاق لا يجوز ترتيبه على المال العام ، لأنه يتعارض مع المنفعة العامة التى خصصت لها الحديقة ، فهى حديقة أعدت للجمهور دون تمييز بين طائفة وأخرى . (٢) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام مطابقا (conforme) للمنفعة العامة التى خصص لها هذا المال ، ومثل هذا الارتفاق لا شك فى جواز ترتيبه على المال العام . من ذلك ما يسمى فى الفقه الإدارى بمنافذ التطرق (aisance de voierie) ، وهى منافع تعود على الأملاك المجاورة للطرق العامة بسبب هذا الجوار ، وتشمل المطل والمسيل والنفاذ [٣] . ومن ذلك أيضا ارتفاقات الرى المترتبة

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٧٤ .

(٢) وقد سبق بيان أنه يجوز ترتيب حقوق ارتفاق لفائدة المال العام ، كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع Voierie ، والحقوق المتعلقة بالأعمال الحربية ، وحق الادارة فى نزع أتربة من الأراضى المجاورة لجسور العامة لحمايتها من غوائل الفيضان (الوسيط ٨ فقرة ٥٨) .

(٣) أنظر Bastid فى مقال بمجلة القانون العام سنة ١٩٣٠ ص ٦٠٩ ومابعدها . Roigad فى نظرية الحقوق العينية الإدارية رسالة من تولوز سنة ١٩١٤ ص ٣٥ ومابعدها — محمد زهير جرانة فى حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ ص ٢٣٢ وما بعدها . فالأملاك المجاورة للطريق العام لها حق ارتفاق بالإطلال عليه وبأن يدخل لها منه النور والهواء (استئناف مختلط ٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٢) ، ولها حق ارتفاق بمسيل المياه فيجوز لها أن تصرف فى الطريق العام مياه الأمطار والمياه المنزلية وفقا لما تقضى به اللوائح الصحية ، ولها حق ارتفاق بالنفاذ من الطريق العام إلى غيره من الطرق والأماكن .

على الترع العامة والمصارف العامة ، فهى ارتفاقات مطابقة للمنفعة العامة التى خصصت لها هذه الترع والمصارف(١) . أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام ليس متعارضا (pas incompatible) مع المنفعة العامة التى خصص لها هذا المال ، وفى هذا الفرض كما فى الفرض السابق يجوز ترتيب حق الارتفاق على المال العام (٢) . من ذلك أن يحصل مالك الدار على ممر تحت الطريق العام (passage souterrain) للوصول إلى داره ، وأن يحصل مالك الأرض التى يفصل بين أجزائها ترعة أو سكة حديدية على حق المرور على والكوبرى» المقام على الترعة أو على « المزلقان » الذى يخترق السكة الحديدية ، وأن يحصل مالك المقهى المجاورة للطريق العام على حق وضع كراسى ملاصقة لمتهاه فوق الرصيف ، وأن يحصل مالك المبنى المجاور لساحل البحر على حق وضع كشك للاستحمام على هذا الساحل .

وليس هناك اتفاق فى فرنسا على تكييف التكاليف المتقدمة الذكر بأنها حقوق ارتفاق . وكان القضاء الفرنسي يعتبر مدة طويلة منافذ الطرق حقوق ارتفاق (٣) . ولكنه تحت تأثير أوبرى ورو (٤) تجنب هذا التكييف وآثر أن يصف هذه الحقوق بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة (sui generis(٥)) . أما الفقه الفرنسي ، فقد أخذ يجنح إلى القول بأن هذه التكاليف هى حقوق ارتفاق إدارية (servitudes administratives) (٦) .

---

(١) فالأراضى الزراعية المجاورة للترع العامة والمصارف العامة لها حق الشرب من هذه الترع ، وحق المسيل فى هذه المصارف .

(٢) بودر وشوفو فقرة ٧٩٨ .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦ – ١ – ٢٠٦ – ٣ يونيه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ٢٦٤ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٩ ص ٩٩ – ص ١٠٠ .

(٥) نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ – ١ – ٤٤٨ – ٢١ يونيه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٣ – ٥ – ٥٤ .

(٦) هوريو فى القانون الإدارى الطبعة العاشرة ص ٦٢٢ وهامش ٢ – Rigaud رسالته ص ٢٨٩ وما بعدها وص ٣٠٩ Mestre فى تعليقه فى سيريه ١٩٠٠ – ٢ – ١٠٩ – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨٨ ص ٨٦٩ – وقارن بودرى وشوفو فقرة ٧٩٧ – فقرة ٧٩٨ .

وفى مصر الأمر يختلف ، فقد حسم نص المادة ١٠١٥ مدنى سالف الذكر كل خلاف فى هذه المسألة ، إذ قضى صراحة كما رأينا بأنه « يجوز الارتفاق على مال عام ... » . فلاشك إذن فى أن هذه التكاليف التى تترتب على المال العام والتى تقدم ذكرها هى حقوق ارتفاق إدارية ، بموجب هذا النص الصريح . وحتى فى عهد التقنين المدنى السابق حيث لم يوجد نص مماثل للمادة ١٠١٥ مدنى ، كان جانب من الفقه المصرى يقول بذلك [١] ، كما كان يقول به أيضا جانب من القضاء المصرى [٢] .

ويترتب على أن هذه التكاليف هى حقوق ارتفاق إدارية نتيجتان هامتان، أخذ بهما القضاء الفرنسى إذ هو يسلم بأن هذه التكاليف هى حقوق إدارية على كل حال وإن كان يصفها بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة : (النتيجة الأولى) لأصحاب حقوق الارتفاق الإدارية هذه أن يحتجوا بها على الغير فيجوز لصاحب الحق أن يطالب الغير بحقه عن طريق دعوى عينية تقابل دعوى الاستحقاق فى حالة حق الملكية ، هى دعوى الإقرار بحق الارتفاق [٣] . كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة ، لحماية حيازته لحق الارتفاق [٤] . هذا فضلا عن جواز مطالبته بالتعويض بموجب دعوى المسئولية التقصيرية [٥] أو بموجب ادعائه مدينا فى دعوى مخالفات الطريق العام أو برفعه دعوى المخالفة المباشرة [٦] . (النتيجة الثانية) يجوز لجهة الإدارة ، لدواع من المصلحة العامة ، إلغاء حقوق الإرتفاق الإدارية هذه أو تعديلها ، عن طريق

---

(١) والفقيه الذى ذهب فى وضوح ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، إلى أن هذه التكاليف هى حقوق ارتفاق إدارية هو الأستاذ محمد زهير جرانة فى كتابه «حق الدولة والأفراد على الأموال العامة» سنة ١٩٤٣ ص ٢٦٥ – ص ٢٦٩ . وانظر مقالا له فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٢٤١ .

(٢) نقض مدنى ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٣٤ ص ٢١١ – استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٥ – أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ – ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٥ (أسباب الحكم) .

(٣) نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ – ١ – ١٢ – ٢ يونيه سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥ – ١ – ٤١٨ .

(٤) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ٥٠٥ .

(٥) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٣١ .

(٦) نقض فرنسى جنائى ٤ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٧٤ .

تحويل الطريق العام أو إنهاء تخصيصه للمنفعة العامة أو القيام فيه بأشغال عامة (١). ولكن يجب فى هذه الحالة تعويض صاحب الحق عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك، ويجوز لجهة الإدارة إذا أنهت تخصيص الطريق العام للمنفعة العامة وباعته أن تلزم المشترى باحترام حقوق الارتفاق التى ترتبت على الطريق أو بتعويض أصحاب هذه الحقوق (٢). بل يجوز إلغاء القرار الإدارى الذى يلغى هذه الحقوق أو ينقص منها، إذا كان هذا القرار مخالفا للقانون أو انطوى على تعسف فى استعمال السلطة (٣).

٥٥٣ – تقسيمات حق الارتفاق : أهم تقسيمات حق الارتفاق ثلاثة :

(١) الارتفاق المستمر (continue) والارتفاق غير المستمر (discontinue)

(٢) الارتفاق الظاهر (apparente) والارتفاق غير الظاهر (non apparente)

(٣) الارتفاق الإيجابى (positive) والارتفاق السلبى (négative) (٤).

٥٥٤ – الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر : والارتفاق المستمر هو الارتفاق الذى يستعمل دون تدخل حالى من فعل الإنسان (م ٦٨٨ مدنى

(١) نقض فرنسى ٢٥ فبراير سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ – ١ – ٢٥٥ – مجلس الدولة الفرنسى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٢ – ٣ – ٧ – وانظر فى القضاء المصرى : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٦٦ – استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٠ – أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ .

(٢) نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٢٠ – مجلس الدولة الفرنسى ٨ أغسطس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤ – ٣ – ١ – ١٧ يناير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ٣ – ٨٨ – وانظر فى القضاء المصرى : استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ – ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ – أول يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ – ٢١ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٦ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١١ – ٣ – ٩٨ – نقض فرنسى جنائى ١٨ نوفبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ١٤٨ .

(٤) ويوجد تقسيم رابع كانت له أهمية كبيرة فى القانون الرومانى ، وبعض الأهمية فى القانون الفرنسى القديم . ولكنه فقد أهميته الآن ، بعد أن حل محله تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . وهذا هو تقسيم الارتفاق إلى ارتفاق لفائدة المبانى servitude urbaine ، وارتفاق لفائدة الأراضى servitude rurale . فاذا تقرر ارتفاق لفائدة بناء ، أيا كان هذا البناء فى المدن أو فى القرى ، فهو ارتفاق لفائدة المبانى ، وذلك كالمطل ، وأغلب هذه الارتفاقات ارتفاقات مستمرة . أما إذا تقرر الارتفاق لفائدة أرض ، كالشرب والمجرى والمسيل ، فهو ارتفاق لفائدة الأراضى . أنظر المادة ٦٨٧ مدنى فرنسى ، وانظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٨١ وفقرة ١٠٨٢ ص ٨١٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٦ .

فرنسى) . مثل ذلك الارتفاق بعدم البناء (non aedificandi) ، أو بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين (non altius tollendi) ، أو بالرؤية (paospect) أو بالمطل (vue)، أو بالشرب (acqueduc) أو بالمجرى (passage d'eau) أو بالمسيل (égout) . فهذه كلها ارتفاقات مستمرة ، ومعنى أنها مستمرة أنها لا تحتاج فى استعمالها إلى تدخل حالى من فعل الإنسان (fait actuel de l'homme) فمنها ما لا يحتاج فى استعماله إلى فعل الإنسان أصلا ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين أو بالرؤية ؛ وسنرى فيما يلى [١] أن هذه الارتفاقات هى أيضا ارتفاقات سلبية . ومنها ما يحتاج فى استعماله إلى فعل الإنسان فى بداية الأمر ، ولكن متى تم هذا الفعل أصبح استعمال الارتفاق فى غير حاجة إلى فعل حالى من الإنسان وقت مباشرة الاستعمال . فالارتفاق بالمطل يحتاج فى بداية الأمر إلى فعل الإنسان ، كإحداث فتحة فى الحائط ؛ ولكن متى أحدثت هذه الفتحة لم يعد المطل فى حاجة إلى فعل الإنسان ، فمادامت الفتحة موجودة فثم استعمال للارتفاق بالمطل . وكذلك الشرب والمجرى والمسيل ، كل منها فى بداية الأمر فى حاجة إلى حفر مجرى للمياه ، ولكن متى حفر هذا المجرى فالماء يجرى فيه أو يسيل منه دون حاجة إلى فعل الإنسان [٢] .

والارتفاق غير المستمر هو ، كما رأينا ، ما يحتاج فى استعماله إلى التدخل

---

(١) أنظر فقرة ٥٥٦ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦ – ويتبين من ذلك أن لاستمرار الارتفاق معنى غير استمرار الحيازة ، فالحيازة تكون مستمرة إذا لم تنقطع ، أما الارتفاق فيكون مستمراً إذا لم يحتج فى استعماله إلى تدخل فعلى من عمل الانسان (مازو فقرة ١٧١٣ ص ١٣٠٤) . وعلى ذلك يكون الارتفاق مستمراً حتى لو لم يستعمل على الدوام ، فالشرب مثلا وهو ارتفاق قد لا يستعمل فى كل الأوقات ، ولكنه عندما يستعمل لا يتدخل فى استعماله فعل الإنسان . وصرف مياه المنجم ، تضخها المضخات نهاراً وليلا دون انقطاع ، وهو ارتفاق غير مستمر ، يبقى مستعملا على الدوام ، ولكنه فى استعماله يحتاج إلى فعل الإنسان . فالأمر إذن ليس فى دوام الاستعمال أو عدم دوامه حتى يكون الارتفاق مستمراً أو غير مستمر ، بل فى حاجة الاستعمال إلى فعل الإنسان وإن كان لا يدوم فيكون الارتفاق مستمراً ، أو فى حاجته إلى فعل الإنسان وإن كان يدوم فيكون الارتفاق غير مستمر (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦) .

الحالى لفعل الإنسان . مثل ذلك الارتفاق بالمرور (passage) ، والارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، والارتفاق باستخراج الأحجار وغيرها من المواد (extraction de matériaux) ، والارتفاق برعى المواشى (pacage) ، فهذه كلها ارتفاقات غير مستمرة[١] . فالارتفاق غير المستمر يقتضى إذن لاستعماله قيام مالك العقار المرتفق بعمل إيجابى فى العقار المرتفق به : يمر فى الطريق أو يغترف المياه أو يستخرج الأحجار أو يرعى الغنم . فاذا لم يقم بهذا العمل الإيجابى ، فالارتفاق لا يكون مستعملا ولا تظهر فائدته[٢] .

وتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر لم يخل من انتقاد الفقه الفرنسى ، ويتشكك بعض الفقهاء فى صلابة التقسيم[٣] وفى فائدته . ومهما يكن من أمر ، فان أهم فائدة لهذا التقسيم ، وهى أن الارتفاق المستمر وحده هو الذى يمكن كسبه بالتقادم ، قد نبذها التقنين المدنى المصرى الجديد ، ففى هذا التقنين يمكن كسب الارتفاق غير المستمر كالارتفاق بالمرور بالتقادم مادام ظاهرا كما سنرى (م ٢/١٠١٦ مدنى) .

---

(١) فالارتفاق بالمرور يقتضى لاستعماله فعل الإنسان ، ولا يكفى الفعل المبدئى الذى عبد الطريق للمرور ، بل يجب أن يمر الإنسان فعلا من الطريق . وإذا فتح طريق للمرور ، فهما بقى هذا الطريق مفتوحاً معبدا فان هذا لايكفى لاستعمال حق المرور ، ولايستعمل هذا الحق إلا إذا قام إنسان فعلا بالمرور من هذا الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٣) . وهذا هو أيضاً شأن الارتفاق باغتراف المياه فلا بد من أن يغترف الإنسان المياه فعلا ، وشأن الارتفاق باستخراج الأحجار فلا بد من أن يستخرجها الإنسان فعلا ، وشأن الارتفاق برعى المواشى فلا بدمن أن يقوم الإنسان فعلا برعيها .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧ – ويبقى الارتفاق غير مستمر حتى لو وضعت له علامة ظاهرة تستمر على نحو دائم ، كأن يرصف الطريق الذى يستعمل فى الارتفاق بالمرور ، أو يقام على جانبيه ما يحددها تحديداً ظاهراً ، أو يفتح له باب يعين بدايته (أوبرى ورو فقرة ٢٤٨ ص ٩٦ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧) . وفى هذه الحالة يكون الارتفاق غير مستمر ولو كان ظاهراً فى وقت واحد كما سيأتى .

(٣) فثلا لايرى بودرى وشوفو فرقا محسوساً بين ارتفاق مستمر كارتفاق بالمطل بعلامته الظاهرة من نافذة تطل على الجار ، وبين ارتفاق غير مستمر كارتفاق بالمرور بعلامته الظاهرة من باب يعين بداية الطريق ، فكلاهما يحتاج إلى تدخل الإنسان ليطل من النافذة أو ليمر فى الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ ص ٨١٤ وفقرة ١١٠٩) .

٥٥٥ – الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر : والارتفاق الظاهر ، كما عرفته المادة ٦٨٩ من التقنين المدنى الفرنسى ، هو ارتفاق ينبىء عن وجوده أعمال خارجية ، كباب أو نافذة أو مجرى [1] . والارتفاق غير الظاهر هو ارتفاق ليست له علامة خارجية تنم عن وجوده ، وذلك مثلا كالارتفاق بعدم البناء أو الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين .

ويتبين من ذلك أنه فى حين أن تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر تقسيم يرجع إلى طبيعة الارتفاق فى ذاته ، فان تقسيمه إلى ظاهر وغير ظاهر لا يرجع إلى طبيعة الارتفاق ، بل إلى أمر خارجى عارضى هو أن تكون له علامة ظاهرة أو ليست له هذه العلامة . وعلى ذلك قد يكون الارتفاق الواحد ظاهرا إذا دلت على وجوده علامة خارجية ، وقد يكون غير ظاهر إذا لم توجد علامة خارجية تدل على وجوده . فالارتفاق بالمرور يكون ظاهرا إذا كان له طريق معين مرصوف أو باب يقام فى بدايته ، ويكون غير ظاهر إذا كان الطريق غير محدد بعلامة خارجية ولا يتميز من سائر الأرض التى يسار فيها . والارتفاق بالشرب يكون ظاهرا إذا كان له مجرى محفور يشق الأرض وتجرى فيه المياه ، ويكون غير ظاهر إذا كان الماء يجرى فى أنابيب مدفونة فى باطن الأرض لا تراها الناس [2] . على أن طبيعة الارتفاق قد تساعد على أن يكون ظاهرا فى العادة ، وذلك كالارتفاق بالمطل فانه يصعب تصور وجود هذا الارتفاق دون علامة ظاهرة تنم عن وجوده كنافذة أو شرفة أو « بلكون » أو أية خارجة أخرى . وقد تقضى طبيعة الارتفاق بأن يكون غير ظاهر دائما ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء [3] .

---

(١) فالظهور فى حق الارتفاق أخص من الظهور فى الحيازة ، إذ أن الحيازة الظاهرة لا يشترط فيها أن تكون لها علامة ظاهرة . فيصح إذن أن حق الارتفاق غير الظاهر ، وهو الذى ليست له علامة ظاهرة ، تكون حيازته مع ذلك حيازة ظاهرة .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٦ .

(٣) هذا والعلامة الظاهرة التى تنم عن حق الارتفاق قد تكون فى العقار المرتفق كما فى الارتفاق بالمطل ، فان النافذة وهى العلامة الظاهرة توجد فى حائط العقار المرتفق . وقد تكون هذه العلامة فى العقار المرتفق به كما فى الارتفاق بالمجرى فان القناة التى تجرى فيها المياه تحفر فى الأرض المرتفق بها ، وكما فى الارتفاق بالمرور فان العلامة الظاهرة للطريق توجد فى العقار المرتفق به . فيختلف الأمر إذن باختلاف ماهية الارتفاق ، والعلامة الظاهرة توجد حيث يستعمل حق الارتفاق (بودرى وشوفو فقرة ١١٠١ ص ٨٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٣) .

ولم يكن تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وغير ظاهر معروفا أصلا فى القانون الرومانى . وقد بدأ يعرف فى القانون الفرنسى القديم ، وتدرج شيئا فشيئا ، حتى أصبح شائعا فى القرن الثامن عشر . وكان فقهاء هذا العصر يقابلون مابين الارتفاقات المستترة الخفية (latentes ou cachées) والارتفاقات المرئية أو الظاهرة (patentes, visibles ou apparentes) ، ولكن التقسيم بقى مع ذلك مختلطا بتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . والتقنين المدنى الفرنسى هو الذى ميز فى وضوح ما بين التقسيمين ، وبين أن كلا منهما مستقل عن التقسيم الآخر ، ولا يختلط به . فقد يكون الاتفاق المستمر ظاهر كالارتفاق بالمطل ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بعدم البناء . وقد يكون الارتفاق غير المستمر ظاهرا كالارتفاق بالمرور إذا كانت له علامة ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا لم تكن له علامة ظاهرة وكالارتفاق باغتراف المياه والارتفاق برعى المواشى [1] .

٦٥٥ – الارتفاق الإيجابى والارتفاق السلبى : وهنا يرجع التقسيم إلى مضمون حق الارتفاق . فان كان هذا المضمون يجعل لمالك العقار المرتفق الحق فى القيام بأعمال إيجابية فى العقار المرتفق به ، كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشى والارتفاق باغتراف المياه والارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، فالارتفاق يكون ارتفاقا إيجابيا . أما إذا كان مضمون حق الارتفاق يقتصر على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال فى عقاره كان له الحق فى القيام بها لولا وجود حق الارتفاق ، كالارتفاق بعدم البناء والارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين والارتفاق بالرؤية (prospect) ، فالارتفاق يكون ارتفاقا سلبيا .

والارتفاق الإيجابى إما أن يكون مستمرا كالارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، أو غير مستمر كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشى والارتفاق باغتراف المياه . وقد يكون ظاهرا كالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا كان للارتفاق علامة خارجية ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٩ – مارتى ورينو فقرة ١٤٦ ص ١٦٧ – ص ١٦٨

جرعى المواشي والارتفاق باغتراف المياه ، وكالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا لم يكن للارتفاق علامة خارجية ظاهرة .

أما الإرتفاق السلبي ، فهو دائما ارتفاق مستمر غير ظاهر (١) .

٥٥٧ – استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق الارتفاق : ونحن فى بحث حق الارتفاق نستبعد من نطاق هذا الحق القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وهى التى تسمى فى كثير من الأحيان بحقوق الارتفاق القانونية . ذلك أن حق الارتفاق هو كما رأينا حق يترتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية . فما تقرر من قيود غير القيود التى تعتبر هى التنظيم العام لحق الملكية ، فخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاق . أما تلك القيود التى فرضها القانون ، كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسيل ووضع الحدود وحق المرور وحق فتح المطلات والمناور ، هذه القيود التى فرضها القانون والتى تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاق . فحق الارتفاق فى معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، فى حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجا عن التنظيم العام المألوف ، بل هى ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (٢) . وقد سبق ، عند بحثنا لهذه القيود القانونية ، أن رتبنا نتائج هامة على أن هذه القيود ليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، وذكرنا النتيجتين الآتيتين :

(النتيجة الأولى) إذا باع شخص عقارا مملوكا له ، وضمن للمشترى خلوه من حقوق ارتفاق ، ثم تبين أن هناك قيودا قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسيل أو من نحو حق مطل أو حق مرور ، فان هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاق كما قدمنا ، بل هى التنظيم الطبيعى المألوف لحق الملكية . ولم يقصد البائع من ضمانه خلو العقار من حقوق ارتفاق أن يضمن خلو العقار من هذه القيود ،

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٢ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ – الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ ص ٦٢٨ – ص ٦٢٩ .

فهى قيود فرضها القانون وعلى المشترى أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق أو مصدر آخر غير القانون . وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية . فلو ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل مثلا ، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من المطل القانونى إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانونى على الملكية . وإنما يضمن للمشترى خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطلا على مسافة أقل من المسافة القانونية .

(النتيجة الثانية) لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتدوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . فلو أن لمالك عقار حق الشرب من مسقاة فى العقار المجاور وتوافرت الشروط القانونية لوجود هذا الحق ، ولكنه أعرض عن المطالبة به واستعماله مكتفيا بحفر بئر ارتوازية فى أرضه ، وبقى كذلك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد استعمال حقه فى الشرب من مسقاة الجار ، لجاز له ذلك ، ولما صح الاعتراض عليه بأنه لم يستعمل هذا الحق مدة خمس عشرة سنة فسقط الحق بعدم الاستعمال. كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح حيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فلو أن أرضا محبوسة عن الطريق العام استعمل صاحبها حقه فى المرور من أرض الجار ، وبقى مستعملا لهذا الحق مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ثم زال انحباس الأرض ، لزال بزواله حق صاحب الأرض فى المرور . ولم يكن لصاحب الأرض أن يدعى أنه كسب حق المرور القانونى بالتقادم [١] . ولو كان حق المرور اتفاقيا ، لملكه بالتقادم المكسب [٢] .

والفقه ، فى فرنسا وفى مصر ، منقسم فى هذه المسألة . فى فرنسا ،

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٢) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ ص ٦٣٩ – ص ٦٤٠ – إسماعيل غانم ص ٢٣ – ص ٢٤ .

يذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه القيود هى حقوق ارتفاق قانونية [١] . ويذهب بعض آخر إلى التمييز بين القيود المقررة للمصلحة العامة والمقررة للمصلحة الخاصة وتكون متعلقة بالمياه ووضع الحدود والتحويط والحائط المشترك وهذه كلها قيود قانونية ترد على حق الملكية وليست بحقوق ارتفاق ، وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور فهذه ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق [٢] ، ولكن الغالبية من الفقهاء يذهبون إلى أن كل هذه القيود إنما هى قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق [٣] . وفى مصر كذلك . تذهب القلة من الفقهاء إلى أن هذه القيود القانونية هى حقوق ارتفاق حقيقية [٤] ، أو إلى أن بعض هذه القيود (ارتفاقات المياه والمرور) تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية وبعضها ليست إلا مجرد قيود قانونية ترد على حق الملكية [٥] . أما الكثرة من الفقهاء فى مصر فتأخذ بالرأى الصحيح ، وتعتبر أن هذه القيود جميعا إنما هى قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق . وهذا هو الرأى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد وخالف فيه التقنين المدنى السابق [٦] .

---

(١) بردرى وشوفو فقرة ٨٠٨ ، ومع ذلك أنظر فقرة ١٠٧٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٦٧٨ .

(٢) بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها – مارتى ورينو فقرة ١٤٤ وفقرة ١٤٤ مكررة (ويميزان بين التكاليف ذات النفع الخاص وهى حقوق ارتفاق ، والتكاليف ذات النفع العام وليست بحقوق ارتفاق) – كاربونييه ص ١٨٤ – ص ١٨٥ .

(٣) ديمولومب ١١ فقرة ٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ وهامش ١ – جوسران ١ فقرة ١٩٦٨ – دى باج ٥ فقرة ٩٤٢ – مازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضاً فقرة ١٣٨٢ – وقرب كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .

(٤) شفيق شحاتة فقرة ٣٣٠ ، ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وهامش ٣ حيث يورد حكم محكمة استئناف مصر فى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٢٧٦ فى المعنى العكسى .

(٥) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ – ص ٩٧ ، ومع ذلك أنظر ص ٩٧ .

(٦) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٧٣ – محمد على عرفة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٠ – إسماعيل غانم جزء أول فقرة ٤٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢ – حسن كيرة فقرة ٦٤ – وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

٥٥٨ - ما أدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على التقنين المدنى السابق فى خصوص حق الارتفاق : أهم ما استحدثه التقنين المدنى الجديد من التعديلات فى هذا الخصوص هو أنه ميز تمييزا واضحا ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو قيد يخرج بالعقار عن التنظيم العام المألوف فى حق الملكية ، وبين قيود الملكية التى يفرضها القانون وهى قيود تمثل هذا التنظيم العام المألوف ، وذلك على النحو الذى بسطناه فيما تقدم [1] .

وأكمل التقنين المدنى الجديد أسباب كسب حق الارتفاق ، فأضاف إلى هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلى (م ١٠١٧ مدنى) ، وكان هذا السبب على أهميته مسكوتا عنه فى التقنين المدنى السابق . واستحدث تعديلا هاما فى كسب حق الارتفاق بالتقادم ، فلم يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهرا حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وبذلك استبعد شرط الاستمرار . ونص صراحة على أن حق المرور ، وهو حق ارتفاق غير مستمر ، يجوز كسبه بالتقادم متى كان ظاهرا (م ١٠١٦ /٢ مدنى) . وحسم خلافا كان قائما فى عهد التقنين المدنى السابق فى طبيعة القيود التى تفرضها عادة شركات الأراضى على المالك عند إقامة بناء فى الأرض التى اشتراها من الشركة ، فقرر أن هذه القيود تعتبر فى الأصل حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وأن الضرر الذى ينشأ عن مخالفة هذه القيود تمكن المطالبة باصلاحه عينا ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية (م ١٠١٨ مدنى) .

وأدخل مرونة كبيرة فى استعمال حق الارتفاق ، فأجاز تعديل هذا الحق أو نقله إلى عقار آخر أو زواله ، إذا كان ذلك يدفع الضرر عن العقار المرتفق به دون أن يصيب العقار المرتفق بخسارة جسيمة . وأجاز أيضا إنهاء حق

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ – كان التقنين المدنى السابق ، ناهجاً فى ذلك نهج التقنين المدنى الفرنسى ، يخلط ما بين حقوق الارتفاق والقيود التى ترد على حق الملكية ، فيعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، ويدرجها مع حقوق الارتفاق التى يرتبها العقد ، كما فعل التقنين المدنى الفرنسى . ولذلك كانت هذه القيود يطلق عليها ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، اسم حقوق الارتفاق القانونية ، وتعتبر حقوق ارتفاق مصدرها القانون بدلا من أن يكون مصدرها العقد .

الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ، أو إذا لم يعد للارتفاق المنفعة التى كانت له (١) .

٥٥٩ — خطة البحث : ونبحث حق الارتفاق فى فصول ثلاثة : (١) أسباب كسب حق الارتفاق . (٢) الآثار التى تترتب على قيام حق الارتفاق . (٣) أسباب انتهاء حق الارتفاق .

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

٥٦٠ — نص قانونى : تنص المادة ١٠١٦ مدنى على ما يأتى :

١ — « حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث » .

٢ — « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى م ٩٦١ — ٩٦٢ — وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠١٩ . وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٢ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٥٧ — ٥٨ (٣) .

---

(١) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١ — ص ٦٢٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٥ — ص ٦٢٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٦١ : ينتج الارتفاق إما من الوضعية الطبيعية للأماكن ، وإما من التزامات مفروضة بالقانون ، وإما من اتفاقات معقودة بين ملاك العقارات .

م ٩٦٢ : ١ — خلافاً للنصوص المتعلقة بالسجل العقارى تعفى من الشهر حقوق الارتفاق الناتجة عن الوضعية الطبيعية للأماكن وعن الالتزامات المفروضة بالقانون . ٢ — بيد أن الارتفاق المختص بحق المرور العائد لأرض محاطة بأرض أخرى يمكن تحديده بوضوح ، بناء على طلب مالك العقار المرتفق به .

ويجب أن نميز تمييزا دقيقا بين كسب حق الارتفاق انتقالا وبين كسبه ابتداء .

٥٦١ – *كسب حق الارتفاق انتقالا* : وهنا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع . فعندما بحثنا حق الانتفاع انتقالا [١] ، كان مفروضا أن حق الانتفاع قد تم إنشاؤه وأنه ينتقل استقلالا من شخص إلى شخص آخر . أما حق الارتفاق فلا يتصور ، بعد أن يتم إنشاؤه . أن ينتقل استقلالا من شخص إلى شخص آخر . وإنما هو ينتقل بالضرورة مع العقار المرتفق وتبعا له ؛ لأنه حق تابع كما سبق القول [٢] . فكسب حق الارتفاق انتقالا إذن إنما يتم بنفس الأسباب التي يتم بها كسب ملكية العقار المرتفق ، فأينما تنتقل ملكية هذا العقار ينتقل معها حق الارتفاق .

وعلى ذلك لا توجد أسباب خاصة لكسب حق الارتفاق انتقالا . بل هي نفس الأسباب التي تنتقل بها ملكية العقار المرتفق . فالعقار الذي تقرر لفائدته حق ارتفاق تنتقل ملكيته بالميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم ، وقد استبعدنا الاستيلاء لأن الملكية تكسب به ابتداء ، واستبعدنا الالتصاق لأنه لا يتصور فيما نحن بصدده . وكذلك ينتقل حق الارتفاق المقرر لفائدة هذا العقار بالأسباب نفسها ، فاذا انتقل العقار بالميراث انتقل معه حق الارتفاق بالميراث أيضا ، أو انتقل بالوصية أو العقد أو الشفعة أو التقادم انتقل معه حق الارتفاق بأي سبب من هذه الأسباب .

(والتقنين المدني السوري يجاري قانون الملكية العقارية اللبناني والتقنين الفرنسي ، ويدخل ضمن حقوق الارتفاق القيود القانونية الواردة على حق الملكية . ولايورد النص السوري من بين أسباب كسب حق الارتفاق التقادم ولاتخصيص المالك الأصل) .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٧ (مطابقة للمادة ٩٦١ مدني سوري ، والنص السوري مأخوذ من هذه المادة) .

م ٥٨ (موافقة للمادة ٩٦٢ مدني سوري ، والنص السوري مأخوذ من هذه المادة) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

ولا يعنينا هنا أن نبحث هذه الأسباب ، فقد سبق بحثها عند الكلام فى أسباب كسب الملكية . والذى يعنينا هو بحث أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لا أسباب كسبه انتقالا .

٥٦٣ – كسب حق الارتفاق ابتداء : والمفروض فى كسب حق الارتفاق ابتداء أن هذا الحق لم ينشأ بعد ، والمقصود هو بحث الأسباب التى تنشئه . فالأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء هى إذن نفس الأسباب التى تنشىء هذا الحق .

وإذا استعرضنا أسباب كسب الملكية لنرى ما ينطبق منها على حق الارتفاق ، وجب استبعاد الاستيلاء والالتصاق لاستحالتهما ، ووجب أيضاً استبعاد الميراث والشفعة لأنهما سببان لكسب حق الارتفاق انتقالا ، لا لكسبه ابتداء . ويبقى بعد ذلك الوصية والعقد – أى التصرف القانونى – والتقادم ، فهذه هى الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، أى الأسباب التى تنشئه . ويدخل فى هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلى ، فسنرى أنه يقوم على اتفاق ضمنى ، أى على تصرف قانونى .

وقد حددت المادة ١٠١٦ مدنى ، فيما رأينا [1] ، هذه الأسباب ، فذكرت العمل القانونى (أى التصرف القانونى) والتقادم ، ويجب استكمالها بتخصيص المالك الأصلى وقد ورد فى المادة ١٠١٨ فيما سنرى – غير أن المادة ١٠١٦ ذكرت أيضاً ، إلى جانب هذه الأسباب ، الميراث ، وذكر الميراث هنا غير دقيق لأنه سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا ابتداء [2] . فالواجب إذن قصر المادة ١٠١٦ على أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لأن كسبه انتقالا لا يعنينا كما سبق القول ، وحذف الميراث من بين الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء [3] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

(٢) وإذا كان المراد تعداد الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، فإن الميراث لا يدخل ضمن هذه الأسباب ، لأنه كما قدمنا سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا لكسبه ابتداء . أما إذا كان المراد تعداد جميع الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ، ابتداء كان ذلك أو انتقالا ، فلماذا لم يورد النص الشفعة ضمن هذه الأسباب ، وهى كالميراث يكسب بها حق الارتفاق انتقالا ؟

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨ .

وتكون الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء إذن . أو الأسباب التي تنشيء حق الارتفاق ، هي : (١) التصرف القانوني . أي العقد والوصية. (٢) تخصيص المالك الأصلي ، وقد قدمنا أنه اتفاق ضمني فيلحق بالتصرف القانوني . (٣) التقادم المكسب .

المبحث الأول

التصرف القانوني

(acte juridique)

٥٦٣ – مسألتان : نبحث في هذا الصدد : (١) أنواع التصرف القانوني الذي ينشيء حق الارتفاق . (٢) الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق .

المطلب الأول

أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق

٥٦٤ – العقد والوصية : التصرف القانوني الذي ينشيء حق الارتفاق إما أن يكون اتفاقاً صادراً من الجانبين وهذا هو العقد ، أو أن يكون إرادة منفردة صادرة من جانب واحد وهذه هي الوصية . والعقد هو السبب المألوف لكسب حق الارتفاق ابتداء . وهو الذي يلجأ إليه عادة مالكا العقار المرتفق والعقار المرتفق به لإنشاء حق ارتفاق على العقار الثاني لفائدة العقار الأول . أما الوصية فنادرة الوقوع . والأسباب الأخرى لإنشاء حق الارتفاق ، وهي تخصيص المالك الأصلي والتقادم ، هي أيضاً أقل وقوعاً من العقد .

والوصية تصرف قانوني واحد لا يتنوع ، وتصدر من الموصي وهو مالك العقار المرتفق به ، يرتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، ويكون مالك هذا العقار المرتفق هو الموصى له .

أما العقد الذي ينشيء حق الارتفاق فيتنوع . وهو إما عقد معاوضة أو عقد تبرع . وعلى رأس عقود المعاوضة التي تنشيء حق الارتفاق البيع . وبه ينشيء مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل ثمن من النقود . ويكون مالك العقار المرتفق به هو

البائع ، ومالك العقار المرتفق هو المشترى ، والشيء المبيع هو حق الارتفاق . وقد يكون عقد المعاوضة الذى ينشيء حق الارتفاق مقايضة . فيصح مثلا أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، فى مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق حق ارتفاق على عقاره لفائدة العقار المرتفق به ، فيكون كل من العقارين عقارا مرتفقاً وعقاراً مرتفقاً به . مثل ذلك أن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة العقار الآخر ، فيكون لكل من العقارين حق ارتفاق بالمرور فى العقار الآخر . ويصح أيضاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، فى مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق على هذا العقار أو على عقار آخر يملكه حق انتفاع لمصلحة مالك العقار المرتفق به يدوم طول حياة المنتفع . وقد تكون المقايضة ترتيب حق ارتفاق على عقار ، فى مقابل نقل ملكية عقار أو منقول لصاحب العقار المرتفق به . ومن عقود المعاوضة التى تنشيء حق الارتفاق الوفاء بمقابل ، فيصح أن يرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة حق عقار آخر هو العقار المرتفق ، وفاء لدين فى ذمة صاحب العقار المرتفق به لصاحب العقار المرتفق . وهكذا تتنوع عقود المعاوضة التى تنشيء حق الارتفاق .

أما عقد التبرع الذى ينشيء حق الارتفاق فهو الهبة ، فيرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، وذلك دون مقابل . فيكون صاحب العقار المرتفق به هو الواهب ، وصاحب العقار المرتفق هو الموهوب له ، والشيء الموهوب هو حق الارتفاق .

وفى كل ما قدمناه يكون التصرف القانونى سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الإنشاء (par voie de constitution) . وقد يكون التصرف القانونى ، كما فى حق الانتفاع ، سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention) . فيبيع مثلا مالك العقار عقاره لشخص ، ويحتفظ فى عقد البيع بحق ارتفاق يترتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع .

والتصرف القانونى أيا كان ، عقد معاوضة أو عقد تبرع أو وصية ، ينشىء حق الارتفاق من أى تقسيم كان . فينشىء حق الارتفاق المستمر كحق الشرب ، كما ينشىء حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور . وينشىء حق الارتفاق الظاهر كحق المطل ، كما ينشىء حق الارتفاق غير الظاهر كحق رعى المواشى . وينشىء حق الارتفاق الإيجابى كحق اغتراف المياه ، كما ينشىء حق الارتفاق السلبى كالحق فى عدم البناء [١] . أما الأسباب الأخرى التى تنشىء حق الارتفاق ، وهى تخصيص المالك الأصلى والتقادم ، فلا تنشىء من حقوق الارتفاق إلا ما كان ظاهراً ، فلا تنشىء حق الارتفاق غير الظاهر ، ولا تنشىء حق الارتفاق السلبى لأنه يكون دائماً غير ظاهر كما سبق القول [٢] .

٥٦٥ – الأحكام الشكلية للتصرف القانونى : وتجب مراعاة الأوضاع الشكلية اللازمة للتصرف القانونى الذى ينشىء حق الارتفاق . فإذا كان هذا التصرف القانونى وصية أو هبة ، وجب إفراغه فى الشكل الذى يتطلبه القانون . أما إذا كان التصرف عقد معاوضة كالبيع . فلا يلزم لانعقاده شكل خاص .

وتسرى فى إثبات التصرف القانونى الذى ينشىء حق الارتفاق القواعد العامة المقررة فى الإثبات . فإذا كانت قيمة حق الارتفاق تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يثبت التصرف القانونى إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم تزد قيمة حق الارتفاق على عشرة جنيهات ، وهذا نادر ، جاز إثبات التصرف القانونى بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن .

٥٦٦ – الأحكام الموضوعية للتصرف القانونى : وتسرى القواعد العامة أيضاً فى الأحكام الموضوعية التى يخضع لها التصرف القانونى المنشىء لحق الارتفاق .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٤ ص ٨٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٠ ص ٩٢٨ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥٥٦ .

فاذا كان هذا التصرف وصية : سرت أحكام الوصية من حيث وجوب توافر شروط الصحة فى الموصى له وفى الموصى به [١] ، ومن حيث جواز رجوع الموصى عن الوصية [٢] ، ومن حيث جواز قبول الموصى له للوصية ورده إياها [٣] ، ومن حيث جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره [٤] ، وتسرى كذلك الأحكام الموضوعية الأخرى .

وإذا كان التصرف المنشىء لحق الارتفاق عقداً، معاوضة أو تبرعاً، سرت الأحكام الموضوعية التى تخضع لها عقود المعاوضة أو عقود التبرع ، والمتعاقدان هما من يرتب حق العقار ومن يترتب له هذا الحق .

فمن يرتب حق الارتفاق يجب أن يكون المالك للعقار المرتفق به . ويجب أن يكون أهلا للتصرف إذا كان عقد معاوضة ، أو أهلا للتبرع إذا كان العقد تبرعاً . ويجوز أن يكون مالكاً فى الشيوع للعقار المرتفق به ، وفى هذه الحالة يجب رضاء سائر الملاك فى الشيوع لأنه لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع فى العقار ، بل يجب أن يكون حق الارتفاق مترتباً على العقار الشائع فى مجموعه ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك فى الشيوع [٥] . ولما كان حق الارتفاق يجوز تعليقه على شرط كما سيأتى ، فانه يجوز لشخص أن يرتب حق ارتفاق على عقار لم يملكه بعد ، ويعلق الحق على شرط واقف هو أن يتملك هذا العقار [٦]. كذلك يجوز ترتيب حق الارتفاق على عقار ترتبت عليه حقوق عينية من قبل ، كحق ارتفاق سابق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمى . وفى هذه الحالة لا يجوز أن يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة بحق الارتفاق

(١) أنظر آنفاً فقرة ٧٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧٨ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ فى آخرها – وإذا لم يرتب حق الارتفاق إلا أحد الملاك فى الشيوع ، فان مصير الحق يتوقف على نتيجة القسمة ، فان وقع العقار كله فى نصيب المالك الذى رتب حق الارتفاق نفذ الحق بفضل الأثر الرجعى للقسمة ، وإلا سقط (بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨) .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ فى آخرها فى الهامش – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ .

الجديد ، إذا كانوا قد قاموا بشهر حقوقهم قبل شهر حق الارتفاق[1] ؛ وإذا كان مالك العقار المرتفق به لا يملك إلا رقبته ، فان حق الارتفاق الذى يرتبه على العقار لا يجوز أن يضار به صاحب الانتفاع [2] . أما صاحب الانتفاع نفسه ، فلا يملك أن يرتب حق ارتفاق لا على العقار لأنه لا يملك رقبته ، ولا على حق الانتفاع لأن حق الارتفاق إنما يترتب على الرقبة [3] . وإذا كان مالك العقار المرتفق به يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض ، وزالت هذه الملكية ، فان حق الارتفاق يزول بزوالها . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق به ، ولو كان حسن النية ، فان حق الارتفاق الذى يرتبه على العقار لا يكون نافذاً فى حق المالك الحقيقى للعقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملك العقار بالتقادم [4] .

ومن يترتب له حق الارتفاق يجب أن يكون مالكاً للعقار المرتفق . ويجب أن يكون أهلا للتصرف إذا كان قد تلقى حق الارتفاق بعوض ، ولا تشترط فيه أهلية التصرف بل تكفى أهلية التعاقد إذا كان قد تلقى حق الارتفاق تبرعاً . وقد يتم التعاقد باسم مالك العقار المرتفق ويكون ذلك فى الوكالة والفضالة ، أو يتم لمصلحة هذا المالك ويكون ذلك فى الاشتراط لمصلحة

---

(١) فلا يجوز أن يتعارض هذا الحق الأخير مع حق ارتفاق سابق أو مع حق انتفاع ، كما يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون باعتباره خالياً من حق الارتفاق الذى سجل بعد قيد حقه (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ وهامش ٧ و ٨ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ – ص ٨٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١) . وانظر فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على عقار مرهون استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٣٨ ص ٨٦٨ .

(٢) فاذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع حق صاحب الانتفاع ، لم يجز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٥٢٧ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧) .

(٣) وكل ما يملك هو أن يرتب فى ذمته التزاماً شخصياً نحو مالك العقار الآخر (أنظر آنفا فقرة ٥٠٧ فى آخرها فى الهامش – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ . وانظر عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٩٣ ص ١١٢ وفقرة ٣٢٨ ص ٣٢٣ هامش ١) .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ – ولايجوز من باب أولى للمستأجر أن يرتب على العقار المؤجر حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور مملوك له (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٩) .

الغير وفى التعهد عن الغير [١] . ويجوز أن يكون مالك العقار المرتفق مالكاً له فى الشيوع مع شركاء آخرين ، وفى هذه الحالة لا ينفذ حق الارتفاق إلا برضاء هؤلاء الشركاء الآخرين حتى يتقرر حق الارتفاق لفائدة كل العقار الشائع ، أو إلا إذا وقع العقار الشائع عند القسمة فى نصيب الشريك الذى تعاقد على حق الارتفاق [٢] . ويجوز للشخص أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة عقار لم يملكه بعد ؛ ويكون حق الارتفاق فى هذه الحالة معلقاً على شرط واقف هو أن يتملك الشخص هذا العقار [٣] . ويجوز من باب أولى أن يكون مالك العقار المرتفق ، الذى يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار ، لا يملك إلا رقبة هذا العقار . أما صاحب حق الانتفاع فليست له صفة فى الحصول على حق ارتفاق لفائدة العقار المنتفع به ؛ وكل ما يملك هو أن يحصل على حق شخصى يكون محله الأعمال المكونة لحق الارتفاق [٤] . وإذا كان مالك العقار المرتفق تملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض ، وزالت هذه الملكية ، فان حق الارتفاق يزول بزوالها [٥] . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق ، ولو كان حسن النية ، فانه لا يمكن أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملكه بالتقادم [٦] .

هذا وإذا كسب حق الارتفاق بالتصرف القانونى ، عقداً كان التصرف أو وصية ، فانه يجوز تعليق حق الارتفاق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بالشرط . كما يجوز أن يكون حق الارتفاق

---

(١) أوبرى ورو فقرة ٢٥٠ ص ١٠٣ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ .

(٥) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٦) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ – وهناك رأى يذهب إلى جواز أن يحصل الحائز على حق ارتفاق لمصلحة العقار الذى يحوزه ، وتطبق عندئذ أحكام الفضالة (شفيق شحاتة فقرة ٣٢٧ ص ٣٢٢) .

مقترناً بأجل فاسخ أو بأجل واقف ، فيترتب لمدة معينة ينتهى بانقضائها ، أو يترتب عند حلول أجل معين ؛ وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فيما هو المقصود بأن حق الارتفاق حق دائم (١) .

٥٦٧ ـ التسجيل : ولما كان حق الارتفاق هو دائماً حق عينى عقارى، فان التصرف القانونى الذى ينشئه يجب دائماً تسجيله .

فاذا كان التصرف القانونى عقداً ، معاوضة كان أو تبرعاً ، فان حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، إلا بتسجيل العقد . وتسرى جميع قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (٢) .

وإذا كان التصرف القانونى وصية ، وجب أيضاً تسجيلها طبقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى الذى ورد فيه ذكر الوصية بالذات . وجزاء عدم تسجيل الوصية أن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ، ولا فيما الورثة والموصى له بحق الارتفاق (٣) .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ – ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، حيث قضى بأحقية المدعى فى الرى والصرف من مسقى ومصرف معينين استناداً إلى اتفاق غير مسجل محرر بين المدعى عليه وبين ملاك الأطيان الأصليين الذين آلت إليهم الملكية من المدعى ، قد أسس ذلك على أن الحق موضوع هذا الاتفاق ، منشأ كان أو مقرراً ، إن هو إلا من توابع الأطيان ينتقل معها إلى من تؤول إليهم ملكيتها ، وأن هذا الاتفاق يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ممن تؤول إليهم ملكية الأطيان يترتب عليه نشوء الحق مباشرة للمشترط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة ، وذلك دون أن يبين الحكم أن المدعى عليه مالك أو غير مالك لمجرى المصرف أو المسقى ، وهل هو صاحب حق فى مياههما أو لا . فان كان مالكاً أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشىء للحق الذى هو محله فيكون تسجيله لازماً لإنشاء الحق بين العاقدين أنفسهم ، أم مقرر له فلا يلزم تسجيله ، أما إن لم يكن مالكاً ولا صاحب حق فيكون هذا الاتفاق مجرد تعهد بعدم التعرض من جانب المدعى عليه فيما ليس له حق فيه ويكون القضاء للمدعى بالحق فى الرى والصرف غير متوقف على وجوده وعلى تسجيله – فهذا الحكم يكون معدوم الأساس ، معجزاً محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٧٠ رقم ٢٥) .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك آنفاً فقرة ٨٦ .

المطلب الثانى

الحدود التى يقف عندها التصرف القانونى فى إنشاء حق الارتفاق

٥٦٨ – تطبيق القواعد العامة : بعد أن طبقنا القواعد العامة على التصرف القانونى الذى ينشىء حق الارتفاق فيما يتعلق بطرفيه مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، ننتقل الآن إلى تطبيق القواعد العامة على محل التصرف القانونى المنشىء لحق الارتفاق ، وهذا المحل هو نفس مضمون حق الارتفاق .

ولما كان مضمون حق الارتفاق هو قيام مالك العقار المرتفق بعمل معين فى العقار المرتفق به فى الارتفاق الإيجابى ، أو امتناع مالك العقار المرتفق به عن القيام بعمل معين فى عقاره فى الارتفاق السلبى ، فهذا العمل أو هذا الامتناع عن العمل يجب أن يكون ، طبقاً للقواعد العامة ، مشروعاً ، أى غير مخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب . وقل أن يوجد تطبيق عملى لحق ارتفاق غير مشروع ، وإذا وجد فان التصرف القانونى الذى أنشأ حق الارتفاق يكون باطلا . فيمكن أن نتصور مثلا أن مالك العقار المرتفق به باع لمالك العقار المرتفق حق ارتفاق بالمرور فى أرضه حاملا معه أشياء مهربة (contrebande) أو مخدرات أو حشيشاً أو أسلحة غير مرخص فيها أو غير ذلك من الأشياء الممنوعة ، فيكون بيع حق الارتفاق فى هذه الحالة باطلا لمخالفة المحل للقانون وللنظام العام [1] .

والذى يقع عادة أن يكون مضمون حق الارتفاق عملا من الأعمال التى تدخل فى نطاق حق الملكية . فاما أن يقوم به مالك العقار المرتفق فى العقار المرتفق به ، كأن يمر فى هذا العقار ، فينتقص من نطاق ملكيته . أو أن يمتنع عن القيام به مالك العقار المرتفق به ، كأن يمتنع عن البناء فى أرضه ، فيكون فى هذا أيضاً انتقاص من نطاق ملكيته . والأعمال التى تدخل فى نطاق الملكية ، ويصح أن تكون مضموناً لحق الارتفاق أو محلا له ، كثيرة متنوعة [2] . منها أعمال سبق أن جعلها المشرع ، بشروط معينة ، مضموناً للقيود القانونية

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩١٧ .

(٢) وللأفراد أن يختاروا ما يشاءون منها ، فى حدود القانون والنظام العام والآداب ، فيجعلوها مضموناً أو محلا لحقوق ارتفاق إرادية (أنظر م ٦٨٦ مدنى فرنسى) .

التى أوردها على حق الملكية ، فيعمد الأفراد بإرادتهم ، وخارج هذه الشروط إلى جعلها مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ومنها أعمال لا شأن لها بمضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، ولكن الأفراد يختارونها ليجعلوها هى أيضاً مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ونستعرض كلا من هاتين الطائفتين من الأعمال .

٥٦٩ – تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق ارتفاق إرادية : وقد سبق أن بسطنا ، عند الكلام فى حق الملكية فى الجزء الثامن من الوسيط ، القيود القانونية التى ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة ، وقسمناها إلى حالات ترجع إلى الرى والصرف من شرب ومجرى ومسيل . وحالات ترجع إلى التلاصق فى الجوار وتتعلق بوضع الحدود وحق المرور والمطلات [١] . وقررنا أن التكييف الصحيح لهذه الحالات هى أنها قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست حقوق ارتفاق حقيقية . فحق الارتفاق الحقيقى هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، فى حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف . بل هى ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية [٢] .

ولكن هذه القيود القانونية قد تتحول إلى حقوق ارتفاق حقيقية ، إذا هى خرجت عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية . ويكون ذلك بألا تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون لفرض هذه القيود ، وبالرغم من ذلك يفرضها الأفراد بإرادتهم ، فيخرجون بها عن التنظيم العام المألوف الذى فرضه القانون وجعل له شروطاً لم تراع الأفراد توافرها . ومن أجل ذلك قلنا إن هذه القيود تتحول من قيود قانونية توافرت فيها شروط التنظيم العام المألوف الذى وضعه القانون لحق الملكية ، إلى حقوق ارتفاق حقيقية تخرج على هذا التنظيم العام المألوف إذ هى لم تتوافر فيها شروطه . ونستعرض هذه القيود القانونية قيداً قيداً ، لنرى كيف تتحول على هذا النحو من قيود قانونية إلى حقوق

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٤١ – فقرة ٤٨٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ – وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

ارتفاق حقيقية . فنلم إلماماً سريعاً ، بهذا القصد ، بقيود الشرب والمجرى والمسيل ووضع الحدود والمرور والمطل.

أما الشرب ، فحتى يكون قيداً يرد على ملكية صاحب المسقاة وليس حق ارتفاق ، يجب أن يكون صاحب المسقاة قد استوفى حاجته منها لرى أرضه رياً كافياً وفاضت منها مياه بعد ذلك، وأن تكون أرض الجار مجاورة لأرض صاحب المسقاة ، وأن يكون الجار فى حاجة إلى رى أرضه[1] . ويمكن تحويل هذا القيد إلى حق ارتفاق إذا اختل شرط من هذه الشروط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجار الحق بحكم القانون فى أن يأخذ ما فاض من مياه المسقاة لرى أرضه . إذ يجوز عندئذ للجار أن يتفق مع صاحب المسقاة فى أن يكون له حق ارتفاق بالشرب من هذه المسقاة ، بمقابل أو بغير مقابل بحسب ما يتفقان عليه . فاذا كان أرض الجار غير ملاصقة لأرض المسقاة ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك إذا اتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاق بالشرب من المسقاة ، كان هذا الاتفاق وهو تصرف قانونى منشئاً لحق ارتفاق إرادى ، وهو حق ارتفاق حقيقى وليس قيداً قانونياً كما يكون الأمر لو أن شرط التلاصق فى الجوار قد توافر . وبذلك يتحول القيد القانونى بالشرب إلى حق ارتفاق بالشرب ، مصدره التصرف القانونى (الاتفاق) لا القانون . ويكون مضمون حق الارتفاق بالشرب هنا هو نفس مضمون القيد القانونى بالشرب ، أو يكون أوسع أو أضيق بحسب ما يحدده الاتفاق . وكذلك الحال لو أن المسقاة لا يفيض منها مياه بعد أن يروى صاحبها أرضه منها رياً كافياً ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك يتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاق بالشرب من المسقاة ، ويكون صاحب المسقاة فى هذا الفرض قد اكتفى برى أرضه رياً جزئياً أو حفر بئر ارتوازياً ليستكمل ريه أو اتخذ غير ذلك من التدابير حتى يتمكن أن يرتب حق ارتفاق بالشرب على مسقاته لمصلحة جاره .

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٤٤ – فقرة ٤٤٧ .

وأما المجرى والمسيل ، فحتى يكونا قيدين على ملكية مالك الأرض وليسا بحقى ارتفاق ، يجب أن يكون الجار الذى يطلبهما من مالك الأرض فى حاجة إلى ري أرضه عن طريق المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق المصرف [١] . ويمكن تحويل هذين القيدين إلى حقى ارتفاق إذا اختل هذا الشرط . واستتبع ذلك ألا يكون للجـار بحكم القانون أن يحصل فى أرض جاره على مجرى أو مصرف . فاذا كان الجار لديه وسيلة أخرى للرى كأن كان يستطيع رى أرضه رياً كافياً عن طريق آبار إرتوازية ، أو كانت لديه وسيلة أخرى للصرف كأن كان يستطيع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً ، لم يعد له عند ذلك أن يطلب حق المجرى أو حق المسيل فى أرض جاره ، ولكنه يستطيع مع ذلك أن يتفق مع مالك الأرض ، بمقابل أو بغير مقابل ، على أن يكون له فى الأرض حق ارتفاق بالمجرى أو حق ارتفاق بالمسيل . وبذلك يتحول القيد القانونى بالمجرى إلى حق ارتفاق بالمجرى ، والقيد القانونى بالمسيل إلى حق ارتفاق بالمسيل . ومصدر كل من هذين الحقين الاتفاق لا القانون .

وأما وضع الحدود فهو قيد على حق الملكية . إذ أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة فى وضع الحدود . فتتقيد بذلك حريته فى ملكه بعد أن كان حراً فى تحديد هذا الملك أو عدم تحديده [٢] . وكل ما يستطيع المالك أن يطالب به جاره الملاصق بموجب هذا القيد القانونى ، هو أن يشاركه فى إقامة حدود ثابتة بين أرضيهما . فاذا زاد على ذلك ، وطلب من جاره مثلا تحويط أرضه بسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك ، لم يجبر الجار على هذا التحويط (م١/٨١٨ مدنى)[٣] . ومع ذلك إذا اتفق الجاران على أن يكون لكل منهما حق ارتفاق على أرض الآخر ، بأن يشتركا فى تحويط أرضيهما دون الاقتصار على وضع حدود ثابتة بينهما ، فيأمنا بذلك فضول الناس وعبث العابثين وسطو اللصوص ، كان هذا الاتفاق منشئاً لحق ارتفاق

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٢٥٤ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٦٥٤ — فقرة ٦٦٣ .

(٣) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٦٦٤ وفقرة ٦٠٩ — فقرة ٦١٠ .

إرادى . وبذلك يتحول القيد القانونى بوضع الحدود إلى حق ارتفاق بالتحويط ويكون مصدر حق الارتفاق بالتحويط هو الاتفاق لا القانون. ومضمونه تحويط الملكين لا الاقتصار على وضع الحدود فيما بينهما .

وأما المرور ، فحتى يكون قيداً قانونياً على أرض الجار ، يجب أن تكون أرض المالك المجاور محبوسة عن الطريق العام ، ولا منفذ لها إلا بالمرور من أرض الجار [١] . فاذا فرض أن المالك المجاور قد حصل على حق المرور من أرض الجار ، ثم انفك حبس أرضه ، بأن استحدث مثلا طريق عام بجوارها أو كسب المالك ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فانفك بهذا المنفذ حبس أرضه الأولى ، فان حق المرور يفقد السبب فى بقائه ومن ثم يزول . ذلك أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد منوط بانحباس الأرض التى يمارس صاحبها حق المرور ، فاذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه . فاذا طالب هذا الأخير بانهاء حق المرور كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر آخر يؤدى إلى الطريق العام . وإذا رضى ببقاء حق المرور متفقاً على ذلك مع المالك المجاور ، كان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور فى هذه الحالة ينقلب من قيد قانونى مصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقى مصدره الارتفاق [٢] . كذلك ينقلب القيد القانونى إلى حق ارتفاق حقيقى إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اتفق مع الجار على أن يمر فى موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضرراً ، أو كان هو الطريق الأطول دون مبرر ، أو كانت الأرض غير محبوسة ولكن صاحبها اتفق مع الجار على المرور فى أرضه لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر .

وأما المطل ، فانه إذا كان مطلا مواجها وجب ألا يفتح على مسافة تقل عن متر من حدود ملك الجار ، وإذا كان مطلا منحرفاً قلت المسافة فأصبحت نصف متر بدلا من متر [٣] . فاذا استوفى المطل حدود هذه المسافة ، لم

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٤٧٥ .

يعتبر ، مواجهاً كان أو منحرفاً ، حق ارتفاق على العقار المجاور ، بل هو قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور . وينقلب هذا القيد إلى حق ارتفاق ، إذا اتفق صاحب المطل مع صاحب العقار المجاور على فتح المطل على مسافة أقل من المسافة القانونية ، فيفتح المطل المواجه على مسافة أقل من متر ، أو المطل المنحرف على مسافة أقل من نصف متر . وفى هذه الحالة يتم الانقلاب من وجهين : يتحول القيد القانونى ومصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقى ومصدره الاتفاق ، ثم إن القيد القانونى الذى كان مقرراً لمصلحة العقار المجاور ينقلب إلى حق ارتفاق على هذا العقار لا لمصلحته . وإذا تم لصاحب المطل كسب حق الارتفاق بالمطل على هذا الوجه ، فليس لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن المطل المفتوح بمسافة متر أو نصف متر بحسب ما يكون المطل مواجهاً أو منحرفاً ، وذلك حتى يسلم للمطل مسافته القانونية . فاذا التزم صاحب العقار المجاور ترك المسافة القانونية من حد المطل وأقام بناء ، فليس لصاحب المطل أن يطالب بهدم البناء ، لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاق بالمطل وقد سلم له مطله بمسافته القانونية ، دون أن يكسب حق ارتفاق بعدم البناء . وإذا أقام صاحب العقار المجاور حائطاً فى ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فانه يجوز له أن يفتح فى هذا الحائط مطلا بشرط أن يراعى هو أيضاً المسافة القانونية . فاذا كان المطل الأول مفتوحاً فى حائط مقام على الخط الفاصل ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً يبعد عن المطل أى عن الخط الفاصل بمسافة متر ، وله فى هذه الحالة أن يفتح مطلا مواجهاً فى حائطه لأن هذا المطل يكون فى هذه الحالة مفتوحاً فى حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر (١) .

٥٧٠ – اعتبار أعمال أخرى غير داخلة فى القيود القانونية الواردة على حق الملكية محلا لحقوق ارتفاق إرادية : وفيما قدمناه (٢) بيان بأهم الأعمال التى تصلح أن تكون مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . استعيرت من

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٩ .

مضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن حولنا هذه القيود القانونية إلى حقوق ارتفاق إرادية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . ولكن حقوق الارتفاق الإرادية لا تتقيد ، كما تتقيد القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، بمضمون معين . بل إن الإرادة حرة تختار ما تشاء من الأعمال مضموناً لحقوق الارتفاق الإرادية . فى حدود القانون والنظام العام والآداب. ولذلك جاز للأفراد أن يتفقوا على حقوق ارتفاق يكون مضمونها أعمالا غير الأعمال التى سردناها فيما تقدم . ونذكر على سبيل المثال ، لا على سبيل الحصر ، بعض حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها عن طريق التصرف القانونى، فتنشئها الإرادة ، عقدا كانت أو وصية .

فهناك حقوق ارتفاق إيجابية . ومن أمثلتها حق الارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، وحق الارتفاق برعى المواشى (pacage)،وحق الارتفاق باستخراج الأحجار والمعادن والمواد الأخرى(extraction de matériaux) . وحق الارتفاق بمسيل مياه المطر والمياه المنزلية (égout des eaux pluviales et des eaux menagères) .وحق الارتفاق بالقاء القمامة (jeter des immondices) . وحق الارتفاق بالاحتطاب (p ende des bios nécessires au chauffage) ، وحق الارتفاق بوضع عوارض من الخشب على الحائط الفاصل (plaeer des poutres et des solives dans le mur du voisin) ، وحق الارتفاق باختراق عقار الجار لإصلاح منزل أو حائط ملاصق (tour d'éehelle) وغير ذلك من حقوق الارتفاق[1] .

وهناك حقوق ارتفاق سلبية . ومن أمثلتها حق الارتفاق بعدم البناء (aedificandi) . وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين (non altius tollendi) ، وحق الارتفاق بعدم البناء فى أزيد من

---

(١) ومن ذلك تحميل منزل المالك أو جداره على منزل الجار أو جداره : servitude d'appui oneris ferendi وحق شفة abreuvage ، والحق فى توصيل حيوانات عقار من عين أو غدير أو مستنقع مملوك لآخر لتشرب منها ويشتمل هذا حق المرعى pacage et pâturage انظر فى ذلك محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٦٣ وفقرة ٤٦٧ وفقرة ٤٦٨ .

مساحة رقعة معينة (م ١٠١٨ مدنى) . وحق الارتفاق بالرؤية (prospect) وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفيه (non fodiendi) ، وحق الارتفاق بعدم مسئولية مستغل المنجم (concessionnaire d'une mine) عن الأضرار التى تنجم عن استغلاله وتصيب سطح الأرض .

وهذا كله إلى جانب حقوق الارتفاق المنتزعة من القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن تحولت هذه القيود إلى حقوق ارتفاق حقيقية : حق الارتفاق بالشرب ، وحق الارتفاق بالمجرى ، وحق الارتفاق بالمسيل ، وحق الارتفاق بوضع الحدود ، وحق الارتفاق بالمرور ، وحق الارتفاق بالمطل [١] .

٥٧١ – قيدان أساسيان يحدان من قوة التصرف القانونى فى إنشاء حق الارتفاق : ومهما يكن من تنوع حقوق الارتفاق الإرادية ، فان هناك حدوداً يقف عندها التصرف القانونى فى إنشاء حق الارتفاق . فالى جانب القيد الرئيسى العام ، وهو ما اسلفناه من وجوب أن يكون مضمون حق الارتفاق الإرادى مشروعاً أى غير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا الآداب ، هناك قيدان أساسيان آخران خاصان بحق الارتفاق تجب إضافتهما إلى هذا القيد الرئيسى العام . وهذان القيدان يمكن استخلاصهما من نفس تعريف حق الارتفاق كما ورد فى المادة ١٠١٥ مدنى ، فقد رأينا [٢] هذا النص يجرى : « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » . فهناك إذن قيدان أساسيان يتقيد بهما حق الارتفاق بوجه عام ، أياكان سبب كسب هذا الحق ، وسواء كان هذا السبب هو التصرف القانونى أو تخصيص المالك الأصلى أو التقادم . وهذان القيدان هما : (أولا) يجب أن يكون حق الارتفاق بحيث يحد من منفعة عقار ، فيجب إذن أن يتقرر هذا الحق على عقار ، لا أن يفرض على شخص . (ثانياً) ويجب أن يتقرر حق الارتفاق لفائدة عقار غير العقار الأول يملكه شخص آخر ، فيجب إذن

---

(١) أنظر بياناً مستوفى لحقوق الارتفاق المسماة فى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩١٧ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .

أن يتقرر هذا الحق لفائدة عقار . لا لفائدة شخص[١]

فحق الارتفاق إذن يترتب على عقار لا على شخص ، وينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . هذان هما القيدان الأساسيان اللذان نتولى الآن بحثهما ، وقد وردا صراحة فى المادة ٦٨٦ من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تقول عن التكاليف التى يقررها حق الارتفاق أنها « يجب ألا تكون مفروضة على شخص ولا لمصلحة شخص ، بل يجب أن تفرض على عقار ولمصلحة عقار »[٢].

٥٧٢ – القيد الأول – حق الارتفاق يتقرر على عقار لا على شخص – نص قانونى : فلا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق التزاماً شخصياً يترتب فى ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق . بل يجب أن يكون هذا المضمون تكليفا عينياً يترتب على العقار المرتفق به . ولا يترتب فى ذمة مالكه . ذلك بأن حق الارتفاق إنما هو حق عينى متفرع عن حق الملكية . فيجب أن يكون جزءاً من حق الملكية يجعل لمالك العقار المرتفق أن يباشر بعض سلطات الملكية على العقار المرتفق به . فحق الارتفاق ، كحق الملكية وكل حق عينى آخر ، سلطة مباشرة يستعملها صاحب هذا الحق على

---

(١) وقد كانت حقوق الارتفاق ، فى العهد الإقطاعى فى فرنسا ، لاتقتصر على أن تكون حقوقاً عينية تفرض على عقار لمصلحة عقار آخر ، بل كانت تجاوز العقار إلى الشخص ، فتفرض التزامات شخصية فى ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، وكانت بذلك تجعل ملاك العقارات المرتفق بها طبقة اجتماعية تخضع لسيادة طبقة اجتماعية أخرى هى طائفة ملاك العقارات المرتفقة . وقد هدمت الثورة الفرنسية كل هذه الفروق الطبقية ومحت ما كان عهد الإقطاع قد جعله من سيادة أرض على أرض ، وهى سيادة تتضمن سيادة طبقة على طبقة . ونص التقنين المدنى الفرنسى ما قدمت به الثورة الفرنسية فى هذا السبيل ، فأضاف إلى كلمة servitudes التى كان عهد الإقطاع يقتصر عليها رمزاً لخضوع أرض لسيادة أرض أخرى ، عبارة services fonciers حتى يمحو هذا الرمز ، ونص صراحة فى المادة ٦٣٨ منه على أن «حق الارتفاق لا يتضمن البتة استعلاء prééminence عقار على عقار آخر» (أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠) .

وقد بلغ الأمر ، فى عهد الإقطاع ، فى جعل الارتفاق يتضمن خدمات شخصية ، إلى حد جعل هذا الحق يفرض على صاحب العقار المرتفق به أن يقلب مياه مستنقع حتى يمنع الضفادع من إقلاق نوم السيد المجاور (أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٧ ص ٨١١) .

(٢) وهذه عبارة المادة ٦٨٦ مدنى فرنسى الأصلية " pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds.. "

وانظر المادة ١/٩٨٧ مدنى سورى ، والمادة ١/٨٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

العقار المرتفق به ذاته دون وساطة مالك هذا العقار . فلا يترتب فى ذمة هذا المالك أى التزام شخصى نحو صاحب حق الارتفاق [١] . وإذا التزم مالك العقار المرتفق به نحو مالك العقار المرتفق بالتزام شخصى . فانما يكون ذلك لا بموجب حق الارتفاق ، بل يكون أجنبياً عن هذا الحق ، وبناء على مصدر من مصادر الالتزام . ولايلتزم مالك العقار المرتفق به فى هذه الحالة باعتباره مالكاً لهذا العقار ، بل بصفته الشخصية . ولا ينتقل التزامه إلى من يخلفه فى ملكية العقار المرتفق به ، بل ينتقل مع تركته إلى ورثته الشخصيين [٢] . ولا يجوز أن يكون هذا الالتزام الشخصى مؤبداً . فان الالتزامات الشخصية لا تتأبد ، وهذا دليل آخر على ألا علاقة لهذا الالتزام بحق الارتفاق فان حق الارتفاق يصح أن يكون مؤبداً [٣] .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق هو التزام مالك العقار المرتفق به التزاماً شخصياً لخدمة العقار المرتفق ، على أساس أن هذا الالتزام الشخصى ينتقل إلى كل مالك للعقار المرتفق به . فلا يجوز مثلا أن يكون هذا المضمون التزام مالك الأرض المرتفق بها بحرث الأرض المرتفقة ، أو بتسميدها ، أو بجنى محصولاتها ، أو بتسويق هذه المحصولات ، أو بتنقية الدودة والآفات الزراعية الأخرى ، أو نحو ذلك من الالتزامات الشخصية التى وإن أفادت الأرض المرتفقة ، إلا أنها التزامات تترتب فى ذمة شخص ، لا تكاليف تتقرر على عقار [٤] .

---

(١) فصاحب حق الارتفاق بالمرور مثلا يباشر هذا الحق من أرض الجار مباشرة ، ويمر فيها، دون أن يلتزم الجار نحوه بأى التزام شخصى servitus non in faciendo consistit . فلا يطلب من الجار أن يعينه على حق المرور ، أو أن يقوم بأى عمل لتمكينه من ذلك ، وكل ما يطلب من الجار هو ألا يضع أمامه عائقاً يحول بينه وبين المرور . ذلك بأن الجار يجب عليه احترام حق الارتفاق العينى ، شأنه فى ذلك شأن أى شخص آخر ، إذ يجب على الناس كافة احترام الحقوق العينية عندما يستعملها أصحابها . أنظر أيضاً بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ .

(٢) فلو انتقلت ملكية العقار إلى شخص آخر ، فان الالتزام لاينتقل معه إلا فى الحدود التى قررها القانون لانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وفى خارج هذه الحدود يبقى الالتزام فى ذمته الشخصية ولاينتقل مع العقار ، ويبقى بعد موته فى تركته كما سبق القول .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٩ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٨ .

والذى يجوز هو أن يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوى لا يكون هو أصل مضمون الارتفاق ، بل يكون عملا إضافياً (accessoire) تابعاً له ويقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٠٢١ مدنى إذ تقول : « لا يلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملا إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ما لم يشترط غير ذلك » (١) . فيجوز أن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «ولا يجوز أن يلزم مالك العقار المرتفق أن يقوم بأى عمل ، إلا أن عملا إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف » . وفى لجنة المراجعة استبدلت عبارة «لايلزم » بعبارة» ولا يجوز أن يلزم » ، وأضيفت عبارة « مالم يشترط غير ذلك » وأصبح النص رقمه ١١٠٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « لمصلحة العقار المرتفق» بعد عبارة «لايلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٦ – ص ٦٣٨) .

ويلاحظ فى شأن هذا النص ماياتى : (١)أضافت لجنة المراجعة إليه عبارة «مالم يشترط غير ذلك» دون أن تذكر سبب هذه الإضافة . وليس للإضافة معنى ، فان المفروض أن العمل الإضافى الذى يلزم به مالك العقار المرتفق به إنما يلزم به بموجب شرط خاص ، لا أن يلزم به بموجب القانون «مالم يشترط غير ذلك» . (٢) فصلت لجنة المراجعة النص من مكانه حيث كان فقرة ثانية للمادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى وهو المكان المناسب ، إلى مكان أقل مناسبة ، دون أن تذكر السبب فى ذلك . هذا والنص مأخوذ من المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولم ترد فيها عبارة «مالم يشترط غير ذلك»(مشروع تنقيح القانون المدنى – المذكرة الإيضاحية جزء ٤ ص ١٣١) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذا النص : «أما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصياً بشىء ، إلا أن يكون عملا إضافياً يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف ، كاصلاح حق المرور ، وله على كل حال أن يتخلص من هذا الالتزام بتخليه عن ملكية الجزء المرتفق به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لامقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لامقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالمرور ، أو بتطهير المصرف الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالمسيل ، أو بصيانة المروى أو ممر المياه الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالشرب أو حق الارتفاق بالمجرى ، أو بكسر الأحجار أو المواد الأخرى فى المكان الذى يستعمل فيه حق الارتفاق باستخراج الأحجار وغيرها من المواد ، أو باعداد التيار الكهربائى فى المكان الذى يستعمل فيه حق الارتفاق باستمداد الكهرباء [١] . وينتقل هذا الالتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه على ملكية هذا العقار [٢] . ويلاحظ فى شأن هذا الالتزام أمور ثلاثة : (١) أنه التزام يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف . (٢) وأن محله ليس هو المضمون الأصلى للارتفاق ، بل هو عمل إضافى تابع لهذا المضمون الأصلى . (٣) وأنه التزام عينى يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص منه بالتخلى (abandon) عن هذا العقار [٣] .

٥٧٣ – القيد الثانى – حق الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص :
وكما يجب أن يترتب حق الارتفاق على عقار لا على شخص ، كذلك يجب أن ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . والمقصود بانشاء حق الارتفاق لفائدة عقار أن يكون هناك ارتباط وثيق بين مضمون الارتفاق وبين الأغراض التى أعد لها العقار ، بحيث يكون من شأن حق الارتفاق أن يزيد فى فائدة العقار أو فى تجميله ، فتكون هناك علاقة طبيعية rapport de nature بين حق الارتفاق وبين العقار . فاذا لم يوجد هذا الاتصال الوثيق ، بل كان التكليف المقرر على العقار المرتفق به إنما قصد به تقديم فائدة شخصية لمالك العقار المرتفق لا صلة لها بهذا العقار الأخير ، لم يجز

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ – مازو فقرة ١٧٢٢ .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ .

(٣) أنظر ماورد فى الالتزام العينى فى شأن هذا الالتزام : الوسيط ٨ فقرة ١٠٠ وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٧٤

أن يكون هذا التكليف حق ارتفاق (١) . فاذا كان لمالك العقار الحق فى التنزه فى حديقة جاره وفى قطف الثمار والزهور منها ، فهذا الحق لا صلة له بعقار المالك ، وقد تقرر لفائدة شخص المالك دون عقاره ، بل قد تقرر لفائدته الشخصية حتى لو لم يكن مالكاً لأى عقار ، فالحق حق انتفاع أو حق استعمال وليس بحق ارتفاق (٢) . أما إذا كان لمالك العقار الحق فى أخذ سباخ وأتربة من أرض جاره لتسميد أرضه ولتسويتها ، فان هذا الحق متصل اتصالا وثيقاً بعقار المالك وقد تقرر لفائدة هذا العقار دون شخص المالك ، فهو إذن حق ارتفاق لا حق انتفاع .

وقس على ذلك ما إذا تقرر الحق للمالك فى استعمال الملاعب الرياضية المنشأة فى أرض جاره ، أو فى الاستحمام فى بركة السباحة المنشأة فى حديقة الجار ، فان هذا الحق لا صلة له بأرض المالك وقد تقرر لفائدة المالك شخصياً ، فهو إذن حق استعمال لا حق ارتفاق . أما إذا تقرر حق لمالك منزل فى أن يحتطب فى أرض جاره ليجلب منها الأخشاب اللازمة لتدفئة المنزل ، أو فى أن يغترف من أرض جاره المياه اللازمة للحاجات المنزلية من شرب وغسيل ونحو ذلك ، أو فى أن يستمد من أرض جاره الكهرباء اللازمة لإنارة المنزل ، فهذه التكاليف كلها لها صلة وثيقة بالمنزل وقد تقررت لفائدة المنزل ذاته بقطع النظر عمن يسكنه ، فهى إذن حقوق ارتفاق (٣) .

٥٧٤ — تطبيقات مختلفة — حالات يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار وأخرى يعتبر فيها منشأ لفائدة شخص : ومن الحالات التى يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار ، ومن ثم يكون هناك حق ارتفاق ، أن يقسم المالك أرضه ليبيعها قطعاً بعد أن ينشىء بينها شوارع وميادين يتعهد بإنارتها وصيانتها

(١) وكان الرومان يميزون حق الارتفاق عن حق الانتفاع على هذا الأساس . فاذا كان التكليف قد تقرر لمالك العقار المرتفق بصفته مالكاً لهذا العقار ، وكان متصلا اتصالا وثيقا بالعقار ويزيد فى فائدته ، فالحق حق ارتفاق . أما إذا كان التكليف قد تقرر لمالك العقار المرتفق لا بصفته مالكاً لهذا العقار بل بصفته الشخصية ، وكان يفيد شخص المالك دون اعتبار لأنه يملك العقار إذ لا صلة بين العقار والتكليف فالحق حق انتفاع . أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٤ .

(٢) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٥ .

وكنسها . ويدرج فى قائمة الشروط أن يكون للمشترين هذه القطع الحق فى استعمال هذه الشوارع والميادين للمرور على أن يدفع كل منهم مبلغاً سنوياً يتناسب مع اتساع قطعته وثمنها . فى هذه الحالة يكون لمشترى القطعة حق ارتفاق بالمرور فى الشوارع والميادين ، وعليه أن يدفع المبلغ الذى يخصه فى نظير صيانة هذه الشوارع والميادين وإنارتها وكنسها [١] . وكذلك إذا تعهد البائع فى عقد بيع قطعة الأرض بألا يبيع القطع الأخرى لمصانع أو لمن يتجرون فى سلع معينة حتى يتيسر بذلك إنشاء حى « بورجوازى » للسكنى . فى هذه الحالة يكون لمالك كل قطعة حق ارتفاق على القطع الأخرى -بألا تستعمل هذه القطع لإقامة مصانع أو للإتجار فى هذه السلع [٢] . وإذا تعهد مالك منزل مجاور لمكان معد للعبادة بألا يقيم حفلات راقصة فى منزله ، أمكن اعتبار أن هناك حق ارتفاق لفائدة لمكان المعد للعبادة على المنزل المجاور [٣] . وإذا اتفق مستغل المنجم مع من يشترى منه السطح على ألا يكون الأول مسئولا عن الأضرار التى تصيب السطح من جراء استغلال المنجم ، جاز أن يكون هذا الاتفاق منشئاً لحق ارتفاق على السطح لفائدة المنجم [٤] .

وإذا أقيم مصنع فى أرض أعدت خصيصاً للمصنع بحيث لا يمكن فصل المصنع عن الأرض ، أو كان المصنع قد أقيم على الأرض لاستغلال ما فى جوفها من مواد ومعادن ، فان المصنع والأرض يصبحان عقاراً غير قابل للتجزئة ، وما يشترط لفائدة المصنع يعتبر مشترطاً لفائدة الأرض . ومن

(١) نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٤ - ١ - ٧٢٤ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٣٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٤٢ - باريس ٦ يونيه سنة ١٩٣٠ جازيت دى تريبنو ١٩٣٠ - ٢ - ١٩١ - وقارن نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ - ١ - ٤١٩ - ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٨ - ١ - ٦٥ .

(٣) رويه ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ١٣٠ .

(٤) نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٤١ - رويه ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٧ - ١ - ٤١١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٤٢ وفقرة ٩٤٥ ص ٩٢٣ .

ثم يعتبر حق ارتفاق مقرراً لمصلحة الأرض ماعسى أن يحصل عليه المصنع من مالك أرض مجاورة من تعهد بامداد المصنع بمواد مستخرجة من هذه الأرض المجاورة ، كأتربة تمد مصنعاً للطوب أو للفخار أوللصينى ، أو فحم يمد مصنعاً للزجاج ، أو تيار كهربائى يستمده المصنع من مسقط للمياه مجاور له (١) . ولكن لايعتبر حق ارتفاق أن يشترط صاحب المصنع ، وهو يبيع عقاراً مجاوراً لمصنعه ، على مشترى هذا العقار ألا يقيم به مصنعاً مماثلا لمصنعه ومزاحماً إياه ، فان شرط عدم المزاحمة إنما تقرر لمصلحة المصنع الاستغلالية لالفائدة الأرض التى أقيم عليها المصنع (٢) .

ولايعتبر حق ارتفاق أن يتفق مالك منزل مع مالك أرض على أن يكون لمالك المنزل حق الصيد أو القنص فى الأرض . فان هذا الحق قد تقرر لمالك المنزل شخصياً ولا صلة له بالمنزل . ومثل مالك المنزل فى الحصول على حق الصيد والقنص فى أرض الغير مثل المالك الذى يحصل على حق استعمال الملاعب الرياضية أوبركة السباحة الموجودة فى أرض الغير ، أو على حق التنزه أو قطف الثمار والزهور فى حديقة الغير . كل هؤلاء لايتقرر لعقاراتهم حق ارتفاق ، وإنما يتقرر لهم شخصياً حق انتفاع أو حق استعمال ، وقد يقتصر الانتفاع أو الاستعمال على مجرد حق شخصى (créance) يحصلون عليه عن طريق الإيجار ، وكان يمكن لأى منهم أن يحصل على حق الصيد والقنص دون أن يكون مالكاً لأى عقار (٣) .

ونرى مما تقدم أن تكليفاً مقرراً على عقار قد يكون حق ارتفاق ، إذا كان هذا التكليف قد تقرر لفائدة عقار آخر لا لفائدة شخصية تعود على مالك هذا العقار . وقد يكون التكليف حق انتفاع ، إذا كان قد تقرر لفائدة الشخص لالفائدة العقار ، بعقد منشىء للحقوق العينية . وقد يكون التكليف مجرد حق شخصى (créance) ، إذا كان قد تقرر لفائدة

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٤ .

(٢) أنظر فى شرط عدم المزاحمة بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٦ ص ٨٠٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٧ – مارتى ورينو فقرة ١٤٠ ص ١٦٠ وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٨ .

الشخص لا لفائدة العقار . بعقد لا ينشىء إلا حقوقاً شخصية كعقد الإيجار . فاذا كان التكليف حق ارتفاق . فان صاحب هذا الحق يجب أن يكون مالكاً لعقار هو العقار المرتفق ، ويصح أن يكون الحق أبدياً ، وينتقل إلى كل من يملك العقار المرتفق سواء كان خلفا عاماً أو كان خلفاً خاصاً . وإذا كان التكليف حق انتفاع . فلا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكاً لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً بل يجب أن ينتهى حتماً بموت صاحبه ، ولا ينتقل إلا إلى خلف خاص . وإذا كان التكليف حقاً شخصياً ، فانه يشترك مع حق الانتفاع فى أنه لا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكاً لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً ، ولكنه يختلف عنه فى أنه لا ينتهى حتماً بموت صاحبه بل يبقى فى التركة . ويختلف الحق الشخصى عن كل من حق الارتفاق وحق الانتفاع فى أن المدين بالحق الشخصى قد يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بعمل إيجابى ، أما مالك العقار المرتفق به أو مالك الرقبة فلا يجوز أن يلتزم التزاماً أصلياً بعمل إيجابى [1] .

٥٧٥ – تطبيق خاص لحق منشأ لفائدة عقار – قيود البناء – نص قانوني : تنص المادة ١٠١٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره » .

« ٢ – وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً . ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» [2] .

---

(١) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٩ . وانظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٦ ص ٨١٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى أن يبنى كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى أن يرتفع بالبناء أو أن يمدفيه ، فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره . وكل ضرر =

وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق فى تكييف الطبيعة القانونية لقيود البناء . وهى قيود ألفت الحكومة وشركات الأراضى ، عندما تجزىء هذه وتلك أراضيها إلى قطع لتبيعها للجمهور ، أن تدرجها ضمن شروط البيع . وتقصد بها أن تنشىء أحياء سكنية على قدر من التنسيق والنظام ومراعاة الشروط الصحية ، بحيث يكون السكن فيها مرغوباً فيه . وهذا دون شك قصد محمود ، يحقق مصلحة الجميع . تحقق مصلحة بائع هذه الأراضى ، إذ أن هذه الشروط يكون من شأنها تصقيع الأراضى وارتفاع ثمنها . وتحقق مصلحة المشترين ، إذ يستطيع كل مشتر أن يطمئن إلى أن غيره من المشترين سيتقيد بما يتقيد به هو عندما يبنى أرضه ، فينشأ بسبب ذلك حى صحى متسق يرتاح للإقامة فيه . وتحقق المصلحة العامة ، إذ أن إنشاء هذه الأحياء السكنية الصحية المنسقة على هذا

= ينشأ عن مخالفة هذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحه عيناً ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية» . ووافقت لجنة المراجعة على النص بفقرتيه تحت رقم ١١٠٢ فى المشروع النهائى ، بعد تعديل الفقرة الأولى على الوجه الآتى : «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره» . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٩٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت فى الفقرة الأولى بكلمة «المجاورة» عبارة «التى فرضت لمصلحتها هذه القيود» ، حتى لا يقتصر الأمر على مجرد الجوار وإنما يتناول العقارات التى تقع فى الحى الذى فرضت هذه القيود لمصلحته من حيث التنسيق أو الأوضاع الصحية وما إليها . أما الفقرة الثانية فقد عدلت على الوجه الآتى لإظهار الغرض منها : «وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . وقد أصبح النص ، بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٠ – ص ٦٣٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٤ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

الوجه من شأنه تجميل المدينة التي يوجد فيها هذه الأحياء . وتوفير المساكن الصالحة لعدد كبير من السكان[١]. ومن أمثلة هذه الشروط ما ألفت الحكومة إدراجه فى عقود بيعها لأراضيها فى أحياء معينة كالزمالك والجيزة ومنشية البكرى . وكذلك بعض شركات الأراضى كشركة أراضى الجزيرة وشركة المعادى . فيلتزم المشترى بموجب هذه الشروط ألا يبنى على الأرض التى يشتريها سوى منزل واحد مخصص للسكنى . وألا يتجاوز فى الارتفاع بالمبانى خمسة عشر متراً . وأن يبعد بالبناء عن حافة الشارع مترين على الأقل . وعن أى حد من الحدود الفاصلة بينه وبين القطع المجاورة ثلاثة أمتار على الأقل . وألا يشغل بمسطح البناء الذى يقام على الأرض أكثر من نصف مساحتها . وأن يراعى شروطاً صحية معينة فى بناء المطابخ ومحلات الغسيل والمراحيض والمواسير المتصلة بها . وتنتهى قائمة هذه الشروط عادة بشرط يجرى على النحو الآتى : «الشروط الموضحة قبل ضرورية وجوهرية للبيع . وللحكومة الحق فى أى وقت كان فى إجبار المشترى أو من يقوم مقامه باتباع تلك الشروط بوجه الدقة . وإلا وجب هدم ما بناه فى الحال بمصاريف على طرفه»[٢] .

---

(١) وقد يقال إن العقد الذى يحتوى على هذه القيود والاشتراطات يعتبر من عقود الإذعان . وإذا صح التسليم بأنه فعلا من عقود الإذعان ، فمن مؤدى ذلك أنه يجوز للقاضى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها . وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة (م ١٤٩ مدنى) – ولما كانت الشروط المألوف إدراجها فى مثل هذه العقود ترمى إلى تحقيق مصلحة الجميع على الوجه الذى بيناه ، فقد يندر أن يرد بينها شروط تعسفية يصح للقاضى إلغاؤها . ولم يتهيأ لمحكمة النقض أن تبت فى هذه المسألة المعينة . ولكنها قررت فى أحد أحكامها عدم جواز طرح المسألة لأول مرة أمامها إذا لم يسبق طرحها من قبل أمام محكمة الموضوع . فقضت بأن التمسك بأن قيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لاسبيل للمشترى عند توقيعه إلى المناقشة فيها لايصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ، مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٩ ص ١٨٤) .

(٢) أنظر نص شروط خاصة بالبناء بأراضى الحكومة بالرمث وغرب البحر الأعمى : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٦٩ هامش ١ . وانظر فى الخلاف الذى كان قائماً فى القضاء : مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

قضت بعض المحاكم ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن هذه الشروط ليست إلا التزامات شخصية . لا يرتبط بها إلا مشترى الأرض نحو البائع ، وليست حقوق ارتفاق[1] . وينبنى على تكييف هذه الشروط بأنها التزامات شخصية . لاحقوق ارتفاق عينية ، مايأتى : (أولا) أن البائع وحده هو الذى يستطيع المطالبة بهذه الالتزامات وهوالذى ارتبط نحوه المشترى فأصبح وحده هو الدائن . ومن ثم لايستطيع مشتر لقطعة أرض أن يطالب بهذه الالتزامات مشترياً لقطعة أرض أخرى ، إذ لاتقوم علاقة بين الاثنين، وليس أى منهما دائناً للآخر . (ثانياً) والبائع لايستطيع أن يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات إلا المشترى منه مباشرة فهو الذى ارتبط معه بالعقد ، ولايستطيع أن يطالب بتنفيذها المشترى من المشترى أو من تسلسل بعد هذا من المشترين . إلا على أساس أنه خلف خاص للمشترى انتقلت إليه التزامات السلف . ولم يكن التقنين المدنى السابق يسلم بانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وإذا سلم التقنين المدنى الجديد بانتقال الالتزام إليه ، فانه يشترط لذلك أن يكون هذا الخلف عالماً بهذا الالتزام وقت انتقال الأرض إليه (م ١٤٦ مدنى) . فيكفى إذن . حتى لا ينتقل الالتزام ، أن يعجز البائع عن إثبات علم الخلف الخاص به . (ثالثا) وإذا اقتصرنا على العلاقة فيا بين البائع والمشترى منه مباشرة . فان البائع يكون دائناً عادياً للمشترى . وإذا خالف المشترى الشروط ، فقل أن يستطيع البائع أن يظفر بالتنفيذ العينى للالتزام . ويكفى لذلك أن يرهن المشترى الأرض مثلا ، حتى يتقدم الدائن المرتهن على البائع . (رابعا) ومادام البائع هو الدائن وحده بهذه الشروط . فانه يستطيع أن يلزم بها مشتريا دون مشتر . وله أن يتفق مع بعض المشترين على ما يخالفها .

---

(١) محكمة استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٦ ص ٤١١ – مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٨٥ – استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ – أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٨ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ – وقد استند هذا القضاء إلى أن كلمة «ارتفاق» لم ترد بعقود البيع ، ويصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال هذه الكلمة المألوفة الجارية بأنها أرادت مع ذلك تقرير هذا الحق . هذا إلى أن الارتفاقات من الحقوق التى لا يجوز التوسع فيها . وقد أبيحت الشركة لأحد المشترين ، فى مقابل مبلغ من المال مخالفة هذه الشروط ، ولوكان هناك ارتفاق لما صح ذلك ، ولما ملكت الشركة هذا الحق (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٧٢) .

ولكن محاكم أخرى قضت بعكس ما تقدم . وبأن هذه الشروط ليست التزامات شخصية . بل هي حقوق ارتفاق عينية متبادلة بين جميع القطع المبيعة . وهي تتبع العقار وتنتقل معه بالبيع إلى كل مشتر تال[1] . وقد أيدت محكمة النقض . في عهد التقنين المدني السابق . هذا الرأي الأخير ، وقضت بأن الاشتراطات التي وضعتها الحكومة في عقد البيع وصفت في العقد ذاته بأنها حقوق ارتفاق وقيود (servitudes et restreintes) وهذه القيود والشرائط . الموصوفة بوصفها الحقيقي في عقد البيع ، مقررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة ٣٠ من التقنين المدني السابق . إذ كل قطعة تصبح بموجبها مرتفقاً بها لمنفعة سائر القطع ، تحقيقاً للغرض المنشود ، وهو تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيها أسباب الراحة والهدوء ، ويتكون منها حي ممتاز يطيب المقام فيه[2] .

---

(١) استئناف مصر ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٧ ص ٨١٤ (وقالت المحكمة في أسباب حكمها إن هذا التعهد الضمني من جانب البائعة ومن حل محلها بمراعاة الشروط المدونة في عقود البيع مستفاد في القضية الحالية منذ مبيع أول قطعة بشروط ما كان في الإمكان تحقيقها بدقة إلا بتضمينها المبيعات الأخرى . فمنذ هذا الوقت انعقد اتفاق الطرفين الصريح على الأخذ في تنفيذ تلك الشروط بالتدريج إلى النهاية . فهناك إذن في صالح أرض المستأنف الحالي من جانب . وعلى أراضي المستأنف عليهم البائعة الآخرين من جانب آخر ، حق ارتفاق بعدم البناء في منطقة خاصة ، وحق آخر بعدم تجاوز ارتفاع معين في البناء . ومن شأن هذه الحقوق أن توجد بينهم رابطة قانونية لانزاع فيها ، تحميها الدعوى العينية ، وتجعل للمستأنف الحق في رفع هذه الدعوى بطلب الإزالة ، وكذلك إذا لزم الحال بمطالبتهم بتعويضات) .

(٢) نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٨٧ ص ٩٨٧ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٨ رقم ١٨ ورقم ١٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ – ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧ . وقد استند هذا القضاء إلى أن الشركة كانت ترمي إلى إنشاء حي جميل صحي ، وكانت لا تعمل لمصلحتها فحسب ، بل كانت تعمل بوجه خاص لمصلحة جماعة المشترين . ومن المؤكد أن المشترين كانوا يمتنعون عن الشراء لو كانوا يعلمون أن هذه القيود قد قررت فقط لمصلحة البائعة ، وأن حق المطالبة بتنفيذ هذه الشروط لا يكون إلا للشركة وحدها ، وهي الشركة التي إذا تم الغرض الذي من أجله قد أنشئت لا بد أن تنقضي عاجلا أو آجلا . فالقصد مشترك لجميع المتعاقدين الداخلين في كل المشتريات التي تمت في تلك المنطقة ، وهو ترتيب حقوق ارتفاق متبادلة فيما بينهم . مستفاد ضمنا وبطريقة يقينية من الظروف التي أدت إلى الاتفاقات التي تمت ، وكذلك من مجموع

وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف كما قدمنا ، فقرر فى المادة ١٠١٨ مدنى سالفة الذكر أن الأصل فى هذه القيود والاشتراطات أن تكون حقوق ارتفاق على كل عقار لفائدة العقارات الأخرى ، وذلك مالم يقض الاتفاق بغيره . فهناك إذن قرينة قانونية على أن هذه القيود والاشتراطات هى حقوق ارتفاق ، ولكنها قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس . وتكون الشركة البائعة قد رتبت حقوق ارتفاق على كل قطعة من الأرض لفائدة جميع القطع الأخرى . ففى بيع أول قطعة من هذه القطع ، اتفقت الشركة مع المشترى على ترتيب حقوق الارتفاق هذه على القطعة المبيعة لفائدة جميع القطع الأخرى التى لم تبعها ولاتزال مملوكة لها ، كما رتبت حقوق الارتفاق نفسها على هذه القطع لفائدة القطعة المبيعة . ثم لما باعت القطعة الثانية وهى من ضمن القطع التى تقررت لها وعليها حقوق الارتفاق ، باعتها للمشترى بما لها وعليها من حقوق الارتفاق هذه . ويمكن القول أيضاً بأن الشركة قد اشترطت على كل مشترباعت له قطعة من الأرض ، لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلونه ، حقوق الارتفاق التى تضمنتها هذه الاشتراطات والقيود [1] . وعلى هذا النحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق ارتفاق لفائدة كل قطعة من القطع الأخرى ، وأصبح لها فى الوقت ذاته نفس حقوق

العقود العديدة المتشابهة التى أبرمت عن هذه المنطقة وكلها بنماذج مطبوعة ذات صيغة واحدة ، وكذا من العرف الجارى فى مثل هذه الأحوال . ولا يقبل القول بأن هذه الاشتراطات إنما هى تعهدات شخصية ، إذ لو كانت كذلك لما صلحت لتحقيق الغرض المقصود ، ولأدت إلى تجريد مالك الأرض أيا كان من كل سلاح للمدافعة عن حقه ، ولجعلته تحت رحمة البائع الذى قد لا تكون له مصلحة فى وقت ما فى طلب الإزالة ، وهذه النتيجة التى لا يمكن التسليم بها تكفى للدلالة على فساد هذه النظرية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٣) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وقد تكون مفرغة فى قالب الاشتراط لمصلحة الغير . ومهما يكن من أمر ، فان لأصحاب العقارات المجاورة أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بهذا الحق . وفى هذا تبسيط للموضوع ، دون حاجة للالتجاء إلى نظرية الاستخلاف فيما إذا كيفت هذه القيود بأنها التزامات شخصية تنتقل إلى الخلف الخاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

الارتفاق على كل قطعة من هذه القطع [١] . ويترتب على ذلك عكس النتائج التي استخلصناها من تكييف الشروط بأنها التزامات شخصية . ونخلص من تطبيق المادة ١٠١٨ مدنى سالفة الذكر النتائج الآتية [٢] :

أولا — لما كانت كل قطعة محملة بحقوق الارتفاق المشترطة ، فإن أى مشتر ، وقد اشترطت هذه الارتفاقات لمصلحة قطعته ، يستطيع أن يطالب أى مشتر آخر بتنفيذ هذه الارتفاقات . ولا يحتكر البائع وحده حق المطالبة بتنفيذها .

ثانيا — ويستطيع أى مشتر أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات ، ليس فحسب أى مشتر لقطعة أخرى ، بل أيضاً المشترى من هذا المشترى ، وكذلك المشترى من المشترى الثانى ، وهكذا مهما تعاقب المشترون . ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر محملة بحقوق الارتفاق لفائدة أية قطعة من القطع الأخرى . وكذلك يستطيع مشتر من المشترى . والمشترى الذى يخلفه مهما تعاقب المشترون ، أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات أى مالك لقطعة أخرى . ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر مزودة من حقوق الارتفاق المقررة على أية قطعة من القطع الأخرى .

---

(١) وقد ساير التقنين المدنى الجديد بهذا النص الحكم الذى كان راجحاً فى عهد التقنين المدنى السابق ، والذى أخذت به محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استعرض الشروط الواردة بعقد البيع الأصلى الصادر من الشركة المطعون فيها ، وما نص عليه فى قائمة الشروط الملحقة به من وجوب ترك منطقة فضاء تغرس بالنباتات بعرض ستة أمتار ، ومن أن هذا القيد يعتبر حق ارتفاق منقل لقطعة الأرض المبيعة ، وأنه فى حالة مخالفة المشترى لهذا القيد يكون للشركة الحق فى هدم ما يجريه المشترى فى هذه المنطقة الممنوع فيها البناء . ثم أشار الحكم إلى أن الشارع فيما استحدثه من نصوص المادة ١٠١٨ من القانون المدنى الجديد قد أقر اعتبار هذه القيود التى تحد من حق المالك فى البناء حقوق ارتفاق . فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه لا يفيد أنه قد طبق القانون الجديد على واقعة الدعوى ، وإنما يدل على أن القانون الجديد قد تلاقى مع القانون القديم فى تكييف هذه القيود والاشتراطات . ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون ، لإعماله أحكام القانون المدنى الجديد على نزاع نشأ عن تعاقد أبرم قبل العمل به ، فى غير محله (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) .

(٢) انظر عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٩٠ — فقرة ٢٩١ — إسماعيل غانم ص ٢٨ .

الحيوان يعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات [١] ، فان نص المادة ٩٩٢ / ٢ مدنى سالف الذكر صريح فى أن نتاج المواشى ، سواء اعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات ، يكون للمنتفع . ولكن النتاج لا يخلص له كاملا ، بل عليه أولا أن يعوض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجىء حتى يستكمل القطيع عدده . وهذا يدل على أن النتاج مندمج فى مجموع القطيع ، وأن ما يستحدثه القطيع يعوض ما فقده ، ولا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقى من النتاج بعد إجراء هذا التعويض . ولا يشترط أن يكون التعويض من النتاج الذى يوجد بعد نفوق ما نفق من الأصل ، بل يكون التعويض أيضاً من النتاج الذى وجد قبل ذلك ، بل من ثمن هذا النتاج إذا كان المنتفع قد تصرف فيه وقت أن كان أصل القطيع كاملا [٢] . أما إذا كان ما نفق من القطيع لم ينفق بحادث مفاجىء ، بل بخطأ الغير ، كان هذا الغير هو المسئول عن التعويض . وإذا كان النفوق بخطأ المنتفع نفسه ، كان هذا مسئولا عن التعويض كاملا ولو زاد ما نفق على مقدار النتاج ، ولا يقف التعويض عند حدود مقدار النتاج كما هو الأمر فيما إذا كان النفوق بحادث مفاجىء . وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجىء أو بمرض لا يد للمنتفع فيه ، لم يكن المنتفع ملزماً أن يرد للمالك إلا ما بقى نافعاً بعد نفوق القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المنتفع قد تصرف فيها أو استهلكها (م ٦١٦ مدنى فرنسى) . وللمنتفع أن يتصرف فى أفراد الماشية إذا أصبحت غير صالحة لما أعدت له من نتاج أو ألبان ، على أن يعوض ما تصرف فيه منها بالنتاج أو ثمنه على النحو الذى قدمناه فى تعويض ما نفق من الماشية بحادث مفاجىء [٣] .

وإذا كان القطيع من المواشى ملحقاً بأرض زراعية ، وجب أن يعتبر القطيع تابعاً للأرض . وعلى ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشى إلا بعد أن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ – الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ وفقرة ٣٦٤ ص ٥٩٠ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ وهامش ١٦ -- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٧ ص ٨٦٤ – عكس ذلك بودرى وشوفو فقرة ٧٢٤ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٧١٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

فلا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشترين ، دون موافقة الباقي ، الإعفاء من هذه الحقوق كلها أو بعضها . وإنما يجوز ، إذا اتفق ملاك الأراضي مخالفة الشروط ودرجوا على ذلك مددا طويلة ، أن يفسر ذلك على أنه نزول ضمني منهم عن حقوق الارتفاق ، أو على أن هذه الحقوق قد انتهت بعدم الاستعمال (١) .

المبحث الثاني

تخصيص المالك الأصلي

(Destination du pére de famille)

٥٧٦ ــ نص قانوني : تنص المادة ١٠١٧ مدني على ما يأتي :

١ ــ « يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلي » .

« ٢ ــ ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي ، إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يمنع التنازل عن حقوق الارتفاق هذه ممن يملك التنازل عنها ، سواء كان التنازل صريحاً أو ضمنياً إذا لم يشترط القانون لتحققه صورة معينة . فمتى استخلصت محكمة الموضوع هذا التنازل ، ولو كان ضمنياً ، استخلاصاً سائغاً من وقائع تؤدي إليه ، فلا معقب على حكمها في ذلك لتعلقه بأمر موضوعي . ولا يجيز القانون الحكم بالتعويض طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدني إلا في الأحوال التي تجوز فيها المطالبة بإصلاح الضرر الناتج عن مخالفة القيود المفروضة عيناً ، والتي ترى فيها المحكمة أن في الحكم بالإصلاح عيناً إرهاقاً لصاحب العقار المرتفق به . وإذن فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أنه لا حق للطاعنين في طلب الإصلاح عيناً لتنازلهما وغيرهما من أصحاب العقارات التي فرضت لمصلحتها تلك القيود فيها ، فإن رفض طلب التعويض لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الجار الملاصق ، بعد أن أهمل عدد كبير من سكان الحي أو أغلب سكانه مراعاة القيود ، قد ارتكب هو أيضاً مخالفتين : فإن جاره يعذر إذا اعتقد أن الجار المخالف قد انضم إلى من سبقوه في إهمال تلك الحقوق المتبادلة والتنازل عنها . فمتى بعد وارتكب مخالفة أيضاً ولو من جنس آخر ، لأن العبرة بوقوع المخالفات لا بنوعها . وإزالة ذلك الجار لمخالفتين اللتين وقعتا منه فيما بعد لا يفيده ، بعد أن ترتب لجاره حق اعتبار أن حقوق الارتفاق قد زالت وبنى منزله فعلا (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٠ ص ٩١) .

فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . فى هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ، مالم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » (١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٠ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٣ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (٣) .

٥٧٧ — كيف يترتب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى وعلى أى أساس يقوم : ويتبين من نص المادة ١٠١٧ مدنى سالف الذكر أن حق الارتفاق

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى قد اشتمل فى الفقرة الثانية على كلمة « بناء » فذكر أن « مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٨ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « بناء » « لأن العلامة الظاهرة التى تدل على حق الارتفاق تشمل البناء ، وقد يكون التخصيص بالبناء أكثر مما يتجه إليه قصد المشرع » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٧ — ص ٦٣٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق — أحكام قضائية تؤيد النص : نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٢ ص ٨١ — استئناف مصر ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧١ ص ٧٥٤ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٦ ص ١٢٤ — استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٤ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ — أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٣ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٠ — ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٤ — ١٣ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ — ولكن قارن استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٣ (مطابق — وقد ورد فى نص التقنين العراقى كلمة « بناء ») .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلي : إذا كان هذا المالك يملك عقارين منفصلين ، وقد جعل أحدهما يخدم الآخر كما لو كان على العقار الأول حق ارتفاق لفائدة العقار الآخر ، وجعل لهذه الخدمة علامة ظاهرة . وإلى هنا لا يمكن أن يقوم حق ارتفاق لأن العقارين مملوكان لمالك واحد (nemini res sua servit) ، ولكن إذا أصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، مع بقائهما على هذا الوضع ، فان المفروض أن هذين المالكين المختلفين باستبقائهما هذا الوضع قد أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود . وقد كان هذا الحق كامنا (servitude causale) فى الوضع السابق للعقارين ، وكان يعطله عن الظهور أن العقارين مملوكان لمالك واحد . أما وقد أصبحا مملوكين لمالكين مختلفين ، فلم يعد هناك ما يمنع من ظهور حق الارتفاق ، فينشأ هذا الحق (servitude formelle, véritable) من وقت اختلاف المالك .

فاذا كان شخص يملك أرضا وقد بنى فى وسطها منزلا فتح فيه مطلات تطل على الأرض من جميع جوانبها ، فانه يكون بذلك قد خصص كل جانب من الأرض لخدمة المنزل بفتح هذه المطلات . فاذا باع جانبا من هذه الأرض والمطلات مفتوحة عليها فى غير المسافة القانونية ، فان المشترى ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمطل الذى كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمطل على الجانب المبيع من الأرض ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، أى بالوضع السابق الذى هيأه المالك الأصلى وارتضى به المشترى دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك قطعتى أرض متجاورتين فى إحداهما مسقاة ، وقد حفر قناة تأخذ المياه من المسقاة وتوصلها إلى القطعة الأخرى لريها ، فانه يكون بذلك قد خصص قطعة الأرض التى فيها المسقاة لخدمة القطعة الأخرى . فاذا باع القطعة الأولى وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى القطعة الأخرى ، فان المشترى ، بارتضائه الشراء والقطعة على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالشرب الذى كان كامنا : فيكون للقطعة الأخرى التى استبقاها المالك حق ارتفاق بالشرب على القطعة

الأولى التى باعها ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، أى بالوضع السابق الذى هيأه المالك الأصلى وارتضى به المشترى دون أن يعترض. وإذا كان شخص يملك منزلا ويملك قطعة أرض فضاء مجاورة للمنزل ، وقد عبد طريقا فى هذه الأرض يمر منه سكان المنزل ليصلوا إلى الطريق العام ، ورصف هذا الطريق أو حدده بعلامات ظاهرة ، فانه يكون بذلك قد خصص الأرض لخدمة المنزل ، بشقه طريقا فى الأرض وجعله مخصصا للمرور . فاذا باع الأرض وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى المنزل ، فان المشترى ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمرور الذى كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمرور على الأرض ، وقد نشأ هذا الاتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، أى بالوضع السابق الذى هيأه المالك الأصلى وارتضى به المشترى دون أن يعترض [1] .

ويخلص من الفروض التى قدمناها أن حق الارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلى ، إنما ينشأ بموجب اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين للعقارين منذ أن أصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين . فيكون الأساس الذى يقوم عليه الارتفاق فى هذه الحالة ، أى سبب نشوء حق الارتفاق ، هو هذا الاتفاق الضمنى . والاتفاق الضمنى ليس إلا عقدا ، أى تصرفا قانونيا ، فالارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلى إنما ينشأ بموجب تصرف قانونى [2] . ولذلك جعلنا الكلام فى تخصيص المالك الأصلى يعقب مباشرة الكلام فى التصرف القانونى كسبب لكسب حق الارتفاق [3] .

---

(١) ومن هنا كانت إرادة المالك الأصلى هى البارزة ، وقد اقترن بها قبول مفترض من جانب المشترى (عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠٠) .

هذا وإنشاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى لم يكن معروفاً فى القانون الرومانى . وبدأ فى القانون الفرنسى القديم ، بأن أقره بعض العادات القديمة فى فرنسا (مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٦ ص ٩٤٦ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويدخل فى الاتفاق الضمنى لكسب حق الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصلى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩) .

٥٧٨ – الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي : ويتبين أيضا مما قدمناه أن هناك شروطا أربعة يجب توافرها حتى يترتب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي : (١) وجود عقارين مملوكين لمالك واحد . (٢) جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر . (٣) وضع علامة ظاهرة لذلك . (٤) صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين. فمتى توافرت هذه الشروط ، نشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، وعد مرتبا لأحد العقارين على العقار الآخر [١] .

وهذه الشروط الأربعة كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ولا تشترط الكتابة لإثباتها . فمن يدعي أن حق ارتفاق ترتب لفائدة عقاره على عقار آخر ، عليه أن يثبت توافر الشروط الأربعة التي تقدم ذكرها . وله أن يثبتها كلها بجميع طرق الإثبات . ويدخل في ذلك البينة والقرائن . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني في صدرها كما رأينا [٢] : « إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات ... » [٣] .

ونستعرض الآن الشروط الأربعة على التعاقب .

§ ١ – وجود عقارين مملوكين لمالك واحد

٥٧٩ – عقاران منفصلان لمالك واحد : وهذا هو الفرض الغالب ، فيكون مالك واحد مالكا لعقارين منفصلين : أرضين منفصلتين ، أو بنائين منفصلين ، أو أرض وبناء . وليس من الضروري أن يكون هذان العقاران

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٠١٧ مدني تقضي بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذي يدعي أنه اكتسب حق ارتفاق عليه كانا مملوكين لمالك واحد ، وأنه في أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلي علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقاً ظاهراً لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ، وأن هذه العلاقة استمرت بين العقارين إلى ما بعد انفصال ملكيتيهما ، وذلك ما لم يتضمن التصرف الذي ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطاً صريحا يخالف ذلك (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٨ ص ٣١٢) . وانظر مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩ .

قضت بعض المحاكم ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن هذه الشروط ليست إلا التزامات شخصية . لا يرتبط بها إلا مشترى الأرض نحو البائع ، وليست حقوق ارتفاق[1] . وينبنى على تكييف هذه الشروط بأنها التزامات شخصية . لاحقوق ارتفاق عينية . ما يأتى : (أولا) أن البائع وحده هو الذى يستطيع المطالبة بهذه الالتزامات وهو الذى ارتبط نحوه المشترى فأصبح وحده هو الدائن . ومن ثم لايستطيع مشتر لقطعة أرض أن يطالب بهذه الالتزامات مشترياً لقطعة أرض أخرى ، إذ لاتقوم علاقة بين الاثنين ، وليس أى منهما دائناً للآخر . (ثانياً) والبائع لايستطيع أن يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات إلا المشترى منه مباشرة فهو الذى ارتبط معه بالعقد ، ولايستطيع أن يطالب بتنفيذها المشترى من المشترى أو من تسلسل بعد هذا من المشترين . إلا على أساس أنه خلف خاص للمشترى انتقلت إليه التزامات السلف . ولم يكن التقنين المدنى السابق يسلم بانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وإذا سلم التقنين المدنى الجديد بانتقال الالتزام إليه ، فانه يشترط لذلك أن يكون هذا الخلف عالماً بهذا الالتزام وقت انتقال الأرض إليه (م ١٤٦ مدنى) . فيكفى إذن ، حتى لا ينتقل الالتزام ، أن يعجز البائع عن إثبات علم الخلف الخاص به . (ثالثا) وإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين البائع والمشترى منه مباشرة . فان البائع يكون دائناً عادياً للمشترى . وإذا خالف المشترى الشروط ، فقل أن يستطيع البائع أن يظفر بالتنفيذ العينى للالتزام . ويكفى لذلك أن يرهن المشترى الأرض مثلا ، حتى يتقدم الدائن المرتهن على البائع . (رابعا) ومادام البائع هو الدائن وحده بهذه الشروط . فانه يستطيع أن يلزم بها مشتريا دون مشتر ، وله أن يتفق مع بعض المشترين على ما يخالفها .

---

(١) محكمة استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٦ ص ٤١١ – مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٨٥ – استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ – أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٨ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ – وقد استند هذا القضاء إلى أن كلمة «ارتفاق» لم ترد بعقود البيع ، ويصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال هذه الكلمة المألوفة الجارية بأنها أرادت مع ذلك تقرير هذا الحق . هذا إلى أن الارتفاقات من المسائل التى لايجوز التوسع فيها . وقد أباحت الشركة لأحد المشترين ، فى مقابل مبلغ من المال مخالفة هذه الشروط ، ولوكان هناك ارتفاق لما صح ذلك ، ولما ملكت الشركة هذا الحق (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٢) .

دائم . وإن لم يكن للارتفاق وجود قانونى بعد . وأخذ المياه بواسطة قناة من مسقاه موجودة فى أحد العقارين لرى العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعا بالفعل بارتفاق الشرب . وإن لم يتمتع به قانونا بعد . وتعبيد طريق ورصفه فى أحد العقارين لخدمة العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعا بالفعل بارتفاق المرور . وإن لم يوجد هذا الارتفاق قانونا بسبب اتحاد المالك. وفى جميع هذه الفروض يظهر فى جلاء ووضوح أن المالك أراد على وجه لا يحتمل الشك إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر خدمة نهائية دائمة ، بحيث أنه لو لا اتحاد المالك لكان هناك ارتفاق قانونى مكان هذا الارتفاق الفعلى . وهو الآن كامن (à l'état latent, servitude causale) فى الوضع القائم ما بين العقارين . ولا ينتظر إلا أن يختلف المالك لكل من العقارين حتى يبرز ويصبح ارتفاقا قانونيا (servitude formelle, véritable) بعد أن تكاملت له أسبابه .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان الوضع الفعلى للعقارين لا يستفاد منه على سبيل اليقين أن المالك الأصلى أراد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على وجه مستقر نهائى دائم ، فان الشرط لا يتوافر ، ولا يعود هناك محل للقول بنشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى . فاذا تبين مثلا أن المالك الأصلى إنما قصد بالوضع الذى أنشأه فيما بين العقارين توفير أسباب الرفاهة لنفسه أو الوفاء بحاجة شخصية له ، ولم يقصد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على سبيل الارتفاق الدائم : لم يكن هذا كافيا للقول بتوافر هذا الشرط . فقد يكون المالك قد أنشأ ممرا بين منزلين يملكهما ويسكنهما معاً لتيسير التنقل من منزل إلى آخر ، أو يكون قد أنشأ ساحة للألعاب الرياضية فى الأرض التى يملكها مجاورة لمنزله لاستعماله الشخصى هو وذويه . أو يكون قد أنشأ ممرا فى الأرض التى يملكها مجاورة لمنزله ليعبر منه إلى محل عمله الشخصى. فلا يكون فى هذه الأوضاع ما يستفاد منه أنه قصد إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه دائم . إذ أن الظاهر أنه إنما قصد استيفاء خدمة شخصية لنفسه لا للعقار [١] ، وعلى نحو موقت لا على نحو دائم . وقاضى الموضوع هو الذى

---

(١) استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ .

يبت ، دون رقابة عليه من محكمة النقض ، فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية موقتة ، أو قصد به إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار على وجه دائم [١] .

٥٨٢ - المالك الأصلى للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم :

ويجب أن يكون المالك الأصلى للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم ، أو فى القليل يكون قد استبقاه كما هو بعد أن تلقاه قائما . ويتحقق الفرض الأخير فيما إذا سبق للعقارين أن كانا مملوكين لمالكين مختلفين ، وكان حق ارتفاق مقررا لأحدهما على الآخر ، ثم أصبحا مملوكين لمالك واحد فزال حق الارتفاق باتحاد الذمة ، ومع ذلك استبقى المالك الجديد الوضع الفعلى للارتفاق قائما كما كان [٢] .

فاذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى ليس هو المالك للعقارين ، أو نائب عنه مفوض فى ذلك ، بل أنشأه مستأجر للعقارين أو صاحب حق انتفاع على كل منهما ، فليس هذا بتخصيص المالك الأصلى ، لأن المالك الأصلى وحده هو الذى يملك إنشاء وضع يترتب عليه نشوء حق ارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر . وهو وحده الذى يمثل مصلحة كل من العقارين [٣] .

وإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى هو المالك للعقارين ، ولكنه كان يملك أحدهما أو كليهما بسبب قابل للفسخ أو للإبطال أو للنقض ، ثم فسخت ملكيته أو أبطلت أو نقضت ، فان الأثر الرجعى لزوال ملكيته على هذا الوجه يجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معاً وقت أن أنشأ الوضع الفعلى القائم ، ومن ثم لا يعتد بهذا الوضع [٤] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٢) ويتحقق أيضا فيما إذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى ليس هو المالك ، بل كان مستأجراً أو كان صاحب حق انتفاع ، ثم رجع العقاران إلى حيازة المالك فاستبقى الوضع الفعلى القائم كما هو .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - اسماعيل غانم ص ٣٤ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - اسماعيل غانم ص ٣٤ .

وإذا كان هناك عقاران مملوكان على الشيوع لشريكين ، وكان الشريكان هما اللذان أنشآ الوضع الفعلى القائم ، ثم حصلت القسمة واختص كل من الشريكين بعقار ، لم يعتد بالوضع الفعلى الذى أنشآه وقت أن كانا مالكين على الشيوع فان الأثر الرجعى للقسمة جعل كلا منهما غير مالك للعقار الذى لم يختص به وقت انشاء الوضع الفعلى ، فلم ينشىء هذا الوضع مالك واحد للعقارين معاً . والذى كان يملك إنشاء الوضع الفعلى فى هذه الحالة هو المالك الأصلى للعقارين معاً ، قبل أن تنتقل ملكيتهما إلى الشريكين على الشيوع [1] .

§ ٣ - وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلى

٥٨٣ - الارتفاق الظاهر وحده هو الذى يكسب بتخصيص المالك الأصلى

ولا يكسب بتخصيص المالك الأصلى إلا حق الارتفاق الظاهر ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١٧ مدنى على ذلك صراحة ، كما رأينا [2] ، إذ تقول : « يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى». والارتفاق الظاهر هو ، كما قدمنا [3] ، ارتفاق ينبىء عن وجوده أعمال خارجية كباب أو نافذة أو مجرى .

ولما كان يشترط أن يكون الارتفاق الذى يكسب بتخصيص المالك الأصلى ارتفاقا ظاهرا كما قدمنا ، أى أن تكون له علامة ظاهرة ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدنى صراحة ، كما رأينا [4] ، على أن « يكون هناك تخصيص من المالك الأصلى ، إذا تبين ... أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ... » . فالارتفاق لا ينشأ بتخصص المالك الأصلى إلا إذا كانت له علامة ظاهرة ، كنافذة يفتحها المالك الأصلى فى حائط أحد العقارين فى غير المسافة القانونية لتطل على العقار الآخر فتكون النافذة علامة ظاهرة على الارتفاق بالمطل ، وكقناة يحفرها لتجرى فيها مياه مسقاة منشأة فى أحد العقارين لتروى العقار الآخر فتكون القناة علامة ظاهرة على الارتفاق بالشرب ،

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - وقارن اسماعيل غانم ص ٣٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

وكطريق معبد مرصوف فى أحد العقارين ليكون ممرا للعقار الآخر فيكون هذا الطريق المعبد المرصوف علامة ظاهرة على الارتفاق بالمرور .

٥٨٤ - وجوب بقاء العلامة الظاهرة إلى وقت أن يتملك العقارين مالكان مختلفان : ولا تكفى إقامة العلامة الظاهرة على النحو الذى قدمناه ، بل يجب أيضا أن تبقى هذه العلامة إلى الوقت الذى ينشأ فيه حق الارتفاق قانونا بأن يتملك العقارين مالكان مختلفان . ذلك بأن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى إنما يقوم ، كما قدمنا (١) ، على أساس أن هناك اتفاقا ضمنيا بين المالكين للعقارين على إنشاء هذا الحق ، وأن العلامة الظاهرة على الوضع الفعلى الذى ترتب عليه حق الارتفاق هى الشاهدة على وجود هذا الاتفاق الضمنى . فقد رآها مالك العقار المرتفق به ظاهرة أمامه ، واستخلص من ظهورها مغزاها ، ولم يعترض على ذلك ، فهو اذن قد رضى رضاء ضمنيا بنشوء حق ارتفاق على عقاره . ولا يسلم هذا المنطق إلا إذا كانت العلامة الظاهرة ظلت باقية إلى الوقت الذى انتقلت فيه ملكية العقار المرتفق به إلى مالك هذا العقار ، فبقيت ماثلة أمامه ، ولم يبد اعتراضا على ما يستخلص من بقائها قائمة (٢) .

٥٨٥ - يكفى أن يكون الارتفاق ظاهرا ولا يشترط أن يكون مستمرا : وكل ما يتطلبه التقنين المدنى المصرى الجديد ، لكسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، أن يكون الارتفاق ظاهرا على النحو الذى قدمناه . ولا يشترط إلى جانب ذلك أن يكون مستمرا (٣) . أما التقنين المدنى الفرنسى فيشتمل على نصين ، أحدهما يتطلب فى الارتفاق أن يكون مستمرا ظاهرا حتى يكسب بتخصيص المالك الأصلى ، والآخر لا يشترط فى الارتفاق إلا أن يكون ظاهرا حتى يمكن كسبه بهذا السبب . فقد نصت المادة ٦٩٢ مدنى فرنسى على أن « تخصيص المالك الأصلى يكون سببا لكسب الارتفاقات المستمرة الظاهرة » .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٣) وكان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، يشترط الظهور والاستمرار (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ - أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩) .

ثم نصت المادة ٦٩٤ مدنى فرنسى على أنه « إذا تصرف مالك العقارين ، اللذين تقوم بينهما علامة ظاهرة على حق ارتفاق ، فى أحد هذين العقارين دون أن يرد فى العقد اتفاق فى شأن حق الارتفاق ، فان الارتفاق يستمر موجودا إيجابا أو سلبا ، لفائدة العقار المتصرف فيه أو على العقار المتصرف فيه »[1].

ولم ينقل التقنين المدنى المصرى الجديد عن التقنين المدنى الفرنسى هذين النصين المتعارضين ، بل اكتفى بنص واحد هو المادة ١٠١٧ مدنى ، وهى لا تتكلم إلا عن الارتفاق الظاهر ، فيجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلى سواء كان مستمرا أو غير مستمر . فلا يوجد إذن فرق ، فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، بين الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر ، فكلاهما يكسب بتخصيص المالك الأصلى ما دام ارتفاقا ظاهرا .

٥٨٦ - الارتفاق السلبى لا يكسب بتخصيص المالك الأصلى : ولما كان يشترط فى كسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى أن يكون الارتفاق ظاهرا كما قدمنا ، فانه يخلص من ذلك أن الارتفاق السلبى لا يجوز كسبه بهذا السبب . ذلك بأن الارتفاق السلبى يكون دائما ارتفاقا غير ظاهر كما سبق القول[2] ،

---

(١) وقد اختلفت الآراء ، فى الفقه الفرنسى ، فى الطريقة التى يمكن بها التوفيق بين هذين النصين المتعارضين . والرأى الذى رجح فى كل من القضاء والفقه فى فرنسا هو أن الارتفاق المستمر الظاهر يكسب بتخصص المالك الأصلى ، دون حاجة إلى تقديم السند الذى فصل ما بين ملكية العقارين ، إذ يفترض ، بفضل استمرار الارتفاق وظهوره ، أنه باق بعد الفصل ما بين ملكية العقارين ، وأنه لم يرد فى السند الذى فصل ما بين ملكية العقارين نص يخالف ذلك . فاذا تمسك ذو المصلحة بأن النص المخالف موجود فى السند ، فعليه هو أن يثبت ذلك . أما الارتفاق الظاهر غير المستمر فانه يكسب أيضاً بتخصيص المالك الأصلى ، ولكن بشرط تقديم السند الذى يفصل ما بين ملكية العقارين وإثبات أنه لم يرد فى هذا السند نص مخالف . ذلك أن الارتفاق الظاهر غير المستمر أضعف فى قوة الاستقرار من الارتفاق الظاهر المستمر ، فلزم تقديم السند الذى يفصل ما بين ملكية العقارين للتثبت من عدم نفيه للارتفاق ، فيكون فى عدم النفى إقرار ضمنى لهذا الحق . انظر فى هذه المسألة أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠ وهامش ٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٢١ - فقرة ١١٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٢ - فقرة ٩٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٧٥٣ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٢٢ - مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٧ - ص ١٣٥٨ - مارتى ورينو فقرة ١٥٧ ص ١٧٦ - كاربونييه ص ١٧٨ - ١٧٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٥٦ .

ولا يمكن أن توجد له علامة ظاهرة ، ومن ثم لا يجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلى .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكسب بتخصيص المالك الأصلى حق الارتفاق بعدم البناء ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين ، وحق الارتفاق بعدم البناء فى أزيد من مساحة رقعة معينة ، وحق الارتفاق بالرؤية ، وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية ، وغير ذلك من حقوق الارتفاق السلبية (١) .

§ ٤ صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين

٥٨٧ - **كيف يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين** : بمجرد أن يصير العقاران ، وقد كانا مملوكين لمالك واحد كما قدمنا ، مملوكين لمالكين مختلفين ، ينشأ حق الارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر ، ويكون سبب نشوئه هو تخصيص المالك الأصلى(٢) . وقد رضى بهذا التخصيص ، المالك الآخر الذى تعاقد مع المالك الأصلى ، أو المالكان المختلفان اللذان تعاقدا مع المالك الأصلى . والرضاء ضمنى لأن أحدا منهما لم يعترض على هذا التخصيص ، مع ظهوره ومع أنه قاطع فى أن المقصود هو إنشاء هذا الارتفاق . وقد قدمنا (٣) . أن تخصيص المالك الأصلى يقوم فى أساسه على اتفاق ضمنى . فينشأ حق الارتفاق بموجب هذا الاتفاق ، أى بموجب تصرف قانونى .

ويصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، فينشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، إذا انتقلت ملكية أحد العقارين لشخص غير المالك الأصلى ، أو انتقلت ملكية كل من العقارين لشخصين مختلفين ، وذلك بأى سبب من

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

(٢) وقد قضى بأن علاقة التبعية التى أوجدها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقا بالمعنى القانونى إلا عند ما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، ومن هذا الوقت فقط . أما قبل ذلك فان هذه العلاقة ، وإن كانت تقوم فعلا ، لا تعتبر ارتفاقاً وذلك لما يتطلبه القانون فى أن يكون مرتباً على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٨ ص ١٣٩٣) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٧٧ .

أسباب انتقال الملكية [١] . فيجوز أن ينقل المالك الأصلى ملكية أحد العقارين (أو ملكية جزء من أجزاء العقار الواحد) لشخص آخر بعقد معاوضة ، كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى ، كالهبة والوصية . فنى جميع هذه الأحوال يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين : المالك الأصلى والشخص الذى انتقلت إليه ملكية العقار الآخر . بل يجوز أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق نزع الملكية جبرا للمنفعة العامة ، أو عن طريق بيعه فى المزاد الجبرى تنفيذا لدين فى ذمة المالك الأصلى [٢] . ويجوز أخيرا أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق الشفعة . أو عن طريق التقادم المكسب [٣] .

ويجوز كذلك أن ينقل المالك الأصلى ملكية العقارين معاً إلى مالكين مختلفين ، إما بعقد معاوضة كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى كالهبة والوصية . وكذلك يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين إذا مات المالك الأصلى واقتسمت الورثة تركته ، فآل العقاران بموجب الميراث والقسمة إلى وارثين كل منهما يختص بعقار من العقارين [٤] .

٥٨٨ – عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم نشوئه : وقد رأينا [٥] أن العبارة الأخيرة من المادة ١٠١٧ / ٢ مدنى تقضى ، عند انتقال العقارين إلى مالكين مختلفين ، بنشوء حق الارتفاق « ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » . والشرط الصريح الذى يقضى بعدم نشوء حق الارتفاق يكون موجودا فى السند الذى جعل العقارين مملوكين لمالكين مختلفين ، كالبيع أو الهبة أو الوصية أو شروط البيع بالمزاد الجبرى أو غير ذلك

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٢٢ ص ١١٨ – بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ يونيه سنة ١٨٦١ سيريه ٦٣ – ١ – ١٣٣ – ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ١ – ١٧٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٣) انظر فى كسب ملكية أحد العقارين بالتقادم المكسب : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٨ – بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ١ – ٣٣٩ – ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٣ – ١ – ١٢٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

من الأسباب التي جعلت أحد العقارين مملوكا لمالك آخر ، أو جعلت العقارين معا مملوكين لمالكين مختلفين ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم [1] .

فاذا كان هناك عقاران مملوكان لمالك واحد ، وعبد المالك فى أحدالعقارين طريقا ورصفه ليكون ممرا للعقار الآخر ، ثم باع العقار الذى انشأ فيه الطريق المعبد المرصوف لشخص آخر ، فقد قدمنا أنه بهذا البيع ينشأ حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذى استبقاه المالك الأصلى . وليس على المالك الأصلى ، لإثبات نشوء حق الارتفاق لفائدة العقار الذى استبقاه ، أن يفعل أكثر من أن يطلب الرجوع إلى وضع العقارين أحدهما بالنسبة إلى الآخر ، وإلى وجود علامة ظاهرة لحق المرور هى هذا الطريق المعبد المرصوف . فاذا أنكر عليه المشترى للعقار الآخر نشوء حق الارتفاق ، فعلى هذا المشترى أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد فى هذا العقد شرط صريح يقضى بأنه لا يعتد بهذه العلامة الظاهرة ، وأن المشترى قد اشترى العقار خاليا من حق ارتفاق بالمرور لفائدة العقار الذى استبقاه المالك الأصلى . فاذا لم يقدم المشترى عقد البيع ، أو قدمه ولم يكن فيه هذا الشرط الصريح السالف الذكر ، سلم للمالك الأصلى دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذى استبقاه . وسكوت عقد البيع عن علامة الطريق الظاهرة ، وعدم تعرضه لنفى دلالتها من وجود حق ارتفاق بالمرور ، إقرار من المشترى بأنه قبل قبولا ضمنيا بنشوء حق الارتفاق . وكذلك يكون الحكم لو أن حق الارتفاق الذى نشأ بتخصيص المالك الأصلى هو حق ارتفاق بالمطل ، وقد دلت عليه علامة ظاهرة هى فتح نافذة فى غير المسافة القانونية . فاذا أراد المشترى للعقار المرتفق به نفى وجود هذا الارتفاق ، فعليه أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد فى هذا العقد شرط ينفى وجود ارتفاق بالمطل . ونرى من ذلك أنه سواء كان الارتفاق الذى نشأ بتخصيص المالك الأصلى ارتفاقا ظاهرا غير مستمر كحق المرور ، أو ارتفاقا ظاهرا مستمرا كحق المطل ، فان الحكم واحد . فى الحالتين لا يكلف المالك الأصلى بتقديم عقد البيع ، ويبقى على دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور أو بالمطل . إلى أن يقدم

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٨٧ .

المشترى عقد البيع ويثبت أنه قد ورد فى هذا العقد شرط صريح مخالف لنشوء حق الارتفاق . وقد قدمنا أن نص المادة ١٠١٧ مدنى لا يفرق فى هذا الحكم بين الارتفاق الظاهر المستمر والارتفاق الظاهر غير المستمر [1] .

المبحث الثالث

التقادم المكسب

(Prescriptiou acquisitive)

٥٨٩ – المسائل التى يثيرها كسب حق الارتفاق بالتقادم : يثير كسب حق الارتفاق بالتقادم مسائل ثلاثا : (١) حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها بالتقادم . (٢) حيازة حق الارتفاق التى تؤدى إلى كسبه بالتقادم . (٣) مدة التقادم .

§ ١ – حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها بالتقادم

٥٩٠ – وجوب أن يكون حق الارتفاق ظاهرا حتى يجوز كسبه بالتقادم : قدمنا [2] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدنى تنص على ما يأتى : « ولا يكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . ويؤخذ من هذا النص أنه لا يجوز كسب الارتفاق بالتقادم إلا إذا كان ارتفاقا ظاهرا . وينبنى على ذلك ما يأتى : (١) حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم . (٢) حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم . (٣) حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم . يضاف إلى ما تقدم أنه كما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر ، مستمرا كان أو غير مستمر ، بالتقادم ، يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر .

---

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فيفرق بين الحالتين ، إذ تقضى المادة ٦٩٢ منه بأن المالك الأصلى لا يحمل عبء الإثبات ولا يكلف بتقديم عقد البيع فى حالة الارتفاق الظاهر المستمر ، فى حين أن المادة ٦٩٤ منه تقضى فى حالة الارتفاق الظاهر غير المستمر بتحميل المالك الأصلى عبء الإثبات وبتكليفه تقديم عقد البيع ليثبت أنه لم يرد فيه شرط صريح ينفى نشوء حق الارتفاق (انظر آنفاً فقرة ٥٨٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

٥٩١ – حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم :

وحق الارتفاق غير الظاهر هو ، كما قدمنا[١] ، ارتفاق ليست له علامة خارجية تنم عن وجوده ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء وكالارتفاق بالمرور إذا لم يكن للطريق الذي يباشر فيه هذا الحق معالم ظاهرة . ونرى من ذلك أن ظهور حق الارتفاق له معنى خاص يختلف فيه عن ظهور الحيازة . فقد تكون حيازة الارتفاق بالمرور ظاهرة إذا بوشر الارتفاق في علانية على ملأ من الناس وبخاصة في مواجهة مالك العقار المرتفق به ، ويكون الارتفاق بالمرور في الوقت ذاته غير ظاهر إذا لم تكن للطريق معالم ظاهرة كما سبق القول .

وكان المنطق يقضي بأنه فيما يتعلق بالتقادم ، وهو قائم على الحيازة ، لا يعتد بالمعنى الخاص لظهور حق الارتفاق ويكتفى بالوقوف عند المعنى العام لظهور الحيازة . فحق المرور مثلاً ، مادام يباشر بطريقة علنية ، يجوز كسبه بالتقادم إذا توافر في الحيازة شرط الظهور ، حتى لو لم يكن للطريق معالم ظاهرة فلم يكن الارتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص . ولكن التقنين المدني اشترط مع ذلك أن يكون حق الارتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم ، ولم يكتف بظهور الحيازة بالمعنى العام . وعلى ذلك لا يجوز كسب حق الارتفاق بالمرور بالتقادم إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة ، حتى لو كانت حيازة الارتفاق ظاهرة وتباشر بطريقة علنية[٢] . ويرجع السبب في ذلك إلى أن التقنين المدني الجديد ، لما أراد أن يخالف القاعدة التقليدية التي سار عليها التقنين المدني الفرنسي في اشتراط الاستمرار والظهور في حق الارتفاق حتى يمكن كسبه بالتقادم (انظر م ٦٩٠ مدني فرنسي) ، عدل عن شرط الاستمرار لما فيه من

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٢) وبذلك يكون غير دقيق ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي . فقد جاء فيها ما يأتي : « واشترط في كسب حق الارتفاق بالتقادم ، أن يكون ظاهراً ، وذلك حتى لا يشوب الحيازة عيب الخفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٨) . والواضح أن هذه العبارة تجعل الخفاء في الحيازة هو نفس عدم الظهور في حق الارتفاق ، على ما [illegible] تبين . هذا من الناحية التقليدية . على أن المشرع المصري قد أراد على ما يظهر أن يجعل الظهور في حيازة حق الارتفاق يتميز بوجود معالم ظاهرة . وهكذا يجب أن يكون الظهور في حيازة هذا الحق لأن الحق يقتضي ذلك ، كما سيجيء في المتن .

صنعة متكلفة لا مبرر لها ولا يفسرها إلا تقاليد القانون الفرنسي القديم [١] ، ولكنه استبقى شرط الظهور . على أن اشتراط الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق هو أيضا ، كاشتراط الاستمرار ، لا مبرر له ولا يفسره إلا تقاليد القانون الفرنسي القديم [٢] . ولكن التقنين المدني المصري الجديد استبقى مع ذلك شرط الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق ، لأن حق الارتفاق ، حتى يجوز كسبه بالتقادم ، يحسن أن يكون من الظهور بحيث تكون له معالم ظاهرة ، فلا يكفي الظهور بمعناه العام في الحيازة . فحق الارتفاق يقتضي لما فيه من دقة ولما قد ينطوي عليه من خفاء ، ظهورا أوضح . فلم يكن ظهور حيازة الارتفاق بهذا المعنى ، في نظر التقنين المدني المصري الجديد ، إلا تطبيقا خاصا للظهور في الحيازة بمعناه العام [٣] .

٥٩٢ – حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم: فاذا توافر لحق الارتفاق شرط الظهور بالمعنى الخاص ، وتوافر إلى جانب ذلك شرط الاستمرار ، فلا شك في جواز كسبه بالتقادم ، كما هو الأمر في التقنين المدني الفرنسي (م ٦٩٠ مدني فرنسي) .

فاذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية من حدود عقار جاره . وظل هذا المطل مفتوحا المدة اللازمة لكسب الحق بالتقادم ، فانه يكسب بالتقادم حق الارتفاق بالمطل . ذلك بأن المطل ارتفاق ظاهر وعلامته الظاهرة هي هذه النافذة المفتوحة على ملك الجار ، وهو في الوقت ذاته ارتفاق مستمر لا يحتاج في مباشرته إلى عمل الإنسان كما قدمنا في تعريف الارتفاق المستمر [٤] .

فاذا ما كسب صاحب العقار المرتفق بالتقادم حق الارتفاق بالمطل على النحو الذي قدمناه ، كان له الحق في استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو ، وليس للجار وهو صاحب العقار المرتفق به أن يعترض ،

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ .

(٣) قرب من هذا المعنى بودري وشوفو فقرة ١١٠٨ ص ٨٣٥ – وقارن شفيق شحاته فقرة ٢٣٧ هامش ٢ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٨٥

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٥٤ .

حتى لو كان المطل مفتوحا فى حائط على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطا فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، وذلك حتى لا يسد المطل المكسوب بالتقادم (م ٨١٩ / ٢ مدنى) . فاذا أقام الجار حائطا فى ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فانه يجوز له أن يفتح فى هذا الحائط مطلا لأنه يكون مفتوحا فى هذه الحالة فى حدود المسافة القانونية (١) . ويكسب صاحب المطل بالتقادم حق ارتفاق بالمطل فى نطاق الحيازة التى كانت أساسا للتقادم . فمن كسب بالتقادم حق المطل من نافذة واحدة ، لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى . ومن كسب مطلا فى الطابق العلوى ، لا يحق له أن يفتح مطلا فى طابق أعلى أو فى طابق أسفل . ومن كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل ، إذا كان لا يستطيع أن يضيف إليه مطلا آخر ، فانه يستطيع أن يزيد فى سعة المطل الذى كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات . وإذا انهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فان حق المطل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة . ولكن إذا بقى الحائط منهدما مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فان حق المطل لا يرجع من جديد . لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (٢) .

٥٩٣ — من الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم : والتقنين المدنى المصرى الجديد : كما قدمنا (٣) ، لا يشترط فى حق الارتفاق أن يكون مستمرا حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وذلك خلافا للتقنين المدنى الفرنسى الذى يوجب فى حق الارتفاق حتى يجوز كسبه بالتقادم أن يكون مستمرا مطاوعة لتقاليد كان القانون الفرنسى القديم يجرى عليها (٤) . ولم ير المشرع

---

(١) نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٦ رقم ٦ .

(٢) انظر فى كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص٧٨٤ – ص ٧٨٧ والمراجع والأحكام المشار إليها هناك .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩١ .

(٤) انظر انتقادا للتقنين المدنى الفرنسى فى هذه المسألة فى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٥ – ص ٩٣٦ – وانظر كيف ذلل القضاء هذه الصعوبة ، فجعل ما يكسب بالتقادم ، ليس هو حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور فى طريق معين ، بل حق الملكية الكاملة لهذا الطريق : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص١١٣ – بودرى وشوفو فقرة ١١٠٩ – =

المصرى الأخذ بهذه التقاليد التى لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها فى مصر ، ومن ثم لم يشترط الاستمرار حتى يكسب الارتفاق بالتقادم . فحق المرور ، وهو ارتفاق غير مستمر لأنه يحتاج فى استعماله لعمل الإنسان ، يجوز كسبه بالتقادم فى التقنين المدنى المصرى ما دام ارتفاقا ظاهرا ، أى ما دام الطريق الذى يباشر فيه الارتفاق له معالم ظاهرة كما سبق القول . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ ، كما رأينا [١] ، إذ تقول : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » [٢] .

فحق المرور إذن يجوز كسبه بالتقادم [٣] ، ما دامت مسالك الطريق ظاهرة

= بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٧ – نقض فرنسى ٢١ يونيه سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ – ١ – ٣٦١ – ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٤ – ٢ – ٦٩٥ – ٢١ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ – ٩٧٥٤ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ وفقرة ٥٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولم يشترط الاستمرار بما له من معنى خاص فى حقوق الارتفاق ، أى أن يكون الارتفاق غير محتاج فى استعماله إلى عمل الإنسان . وبذلك أصبح جائزاً أن يملك حق المرور بالتقادم ، خلافاً لما تقضى به التقنين الفرنسى اتباعاً لقاعدة فرنسية تقليدية ، لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها فى مصر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨ – ص ٦٢٩) .

وكان القضاء فى مصر ، فى عهد التقنين السابق ، يشترط الظهور والاستمرار فى حق الارتفاق لإمكان كسبه بالتقادم . وذلك دون سند من نصوص وانسياقاً للتقنين المدنى الفرنسى (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٥٧ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٨ – ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٤١ – ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ – ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ – ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٦ – ٦ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ – ١٣ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ – ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠١ – ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٤ – ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٨ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ – ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٨ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٥٢ – ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ – ١٥ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١١) . فجاء التقنين المدنى الجديد واضحاً فى عدم اشتراط الاستمرار .

(٣) والمفروض هنا أن العقار المرتفق ليس محبوساً عن الطريق العام ، إذ لو كان محبوساً لكان من حق صاحبه أن يمر من الطريق المجاور طبقاً للشروط المقررة فى حق المرور القانونى باعتباره قيدا على ملكية العقار المجاور ، ومن ثم لا تكون هناك حاجة إلى التقادم لكسب حق المرور فى هذه الحالة إذ يكون الحق ثابتاً منذ البداية (انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٥ وما بعدها) . أو يكون العقار المرتفق محبوساً عن الطريق العام ، ولكن صاحب هذا العقار يختار ممراً له ، لا فى العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانونى ، بل فى عقار آخر (انظر آنفاً فقرة ٢٦٨) .

حتى يكون ارتفاقا ظاهرا كما قدمنا . وغنى عن البيان أنه إذا لم يشترط استمرار حق الارتفاق بهذا المعنى الخاص فى حقوق الارتفاق ، أى وجوب تدخل عمل الإنسان فى استعماله ، فان الاستمرار بالمعنى العام فى الحيازة واجب حتى يكسب حق المرور بالتقادم . فيجب أن يكون صاحب العقار المرتفق مداوما على المرور فى العقار المرتفق به ، وفى الطريق المعد لذلك وهو طريق ظاهر المعالم كما قدمنا . فاذا كان المرور متقطعا غير منتظم ، يستعمل بين الفينة والفينة على فترات متباعدة دون أن يكون لها مواعيد محددة ، فان المرور فى هذه الحالة يحمل على أنه عمل من أعمال التسامح ، وأعمال التسامح لا تصلح أساسا لكسب الحق بالتقادم لانتفاء عنصر القصد فى الحيازة [1] . وليس يلزم من ذلك أن حق المرور يجب استعماله باستمرار طول الوقت دون أن ينقطع ، فان هذا أمر مستحيل فوق أنه لا ضرورة له . بل يكفى أن يستعمل حق المرور بطريقة منتظمة ، من وقت إلى آخر ، فى المواعيد التى يحتاج فيها للمرور ، على أن يكون استعمال الحق على هذا النحو مضطردا غير منقطع [2] .

٥٩٤ – طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبها بالتقادم :
وكما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم ، يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعماله . ذلك بأن طريقة الاستعمال فرع عن حق الارتفاق نفسه ، وإذا كان الأصل يجوز كسبه بالتقادم فأولى أن يجوز كسب الفرع بنفس السبب .

فاذا كسب شخص بالاتفاق حق ارتفاق بالمطل على عقار جاره بفتح نافذة واحدة فى طابق معين من منزله على مسافة أقل من المسافة القانونية ، جاز له إذا عدل طريقة استعمال الارتفاق ، أن يكسب بالتقادم طريقة الاستعمال المعدلة . فاذا فتح مثلا نافذة أخرى إلى جانب النافذة الأولى ، أو فتح نافذة أخرى فى طابق أعلى أو أسفل ، واستمر على ذلك المدة اللازمة للتقادم ، فانه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨.

(٢) وليس يلزم أن تكون العلاقة الظاهرة لحق الارتفاق الذى يكسب بالتقادم من عمل مالك العقار المرتفق نفسه ، فقد تكون من عمل الغير ويستبقيها مالك العقار المرتفق لحساب نفسه بعد أن يعلم بوجودها ، فيكون الارتفاق ظاهراً ويصح كسبه بالتقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٠١) .

يكسب بهذا السبب ما أدخله من التعديل على حق ارتفاقه الأصلى الذى كسبه بالاتفاق .

وإذا كسب بالاتفاق حق ارتفاق بالمرور فى عقار جاره على أن يمر مترجلا ، ثم أخذ يمر فى عربة أو يمر وتمر معه مواشيه ، وبقى كذلك المدة اللازمة للتقادم ، فانه يكسب بالتقادم ما أدخله من تعديل فى استعمال حق ارتفاقه الأصلى الذى كسبه بالاتفاق . فيجوز له ، بعد تمام مدة التقادم ، أن يمر فى عربته أو أن يمر مع مواشيه ، دون أن يكون لصاحب العقار المرتفق به حق الاعتراض على ذلك [1] .

٤ ٢ – حيازة حق الارتفاق التى تؤدى إلى كسبه بالتقادم

٥٩٥ – الحيازة فى حق الارتفاق كالحيازة فى الملكية : قدمنا [2] أن الحيازة هى وضع مادى ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق . ويستوى فى ذلك حق الملكية ، وهو المقصود من السيطرة الفعلية على الشئ ، وغيره من الحقوق . والسيطرة الفعلية على الحق يكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق . فان كان حق ملكية ، اختلط الحق بالشىء محل الحق ، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشىء نفسه محل الملكية . وإن كان حق ارتفاق ، فان حيازته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز فى أرض الجار فى الارتفاق بالمرور ، أو يفتح نافذة فى حائطه على مسافة أقل من المسافة القانونية تطل على عقار جاره فى الارتفاق بالمطل .

ومن ذلك نرى أن الشروط العامة للحيازة واحدة ، سواء كانت الحيازة واقعة على حق الملكية أو كانت واقعة على حق الارتفاق . فان كانت واقعة على حق الارتفاق ، وجب ، حتى تؤدى إلى كسب هذا الحق بالتقادم ، أن تكون بوجه عام مستمرة ظاهرة هادئة غير غامضة .

---

(١) وفى فرنسا يجوز أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق ، بشرط أن يكون الارتفاق مستمراً ظاهراً ، جرياً على الأصل الذى ساروا عليه (بودرى وشوفو فقرة ١١٠٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٥١ .

وكل ما قررناه فى هذا الشأن ، عند الكلام فى النظرية العامة للحيازة[١] ، ينطبق هنا فى حيازة حق الارتفاق [٢] . وقد لاحظنا فيما تقدم أن هناك معنى خاصا لحق الارتفاق المستمر ولحق الارتفاق الظاهر ، وهذا المعنى غير مطلوب فى الشرطين العامين للاستمرار والظهور فى الحيازة . فقد تكون حيازة حق الارتفاق مستمرة مع أن حق الارتفاق نفسه غير مستمر ، والعبرة فى هذه الحالة باستمرار الحيازة . فاذا كانت الحيازة مستمرة بالمعنى العام ، جاز كسب حق الارتفاق بالتقادم ، حتى لو كان هذا الحق غير مستمر بالمعنى الخاص ، وقد تقدم بيان ذلك . وكذلك الظهور فى الحيازة ، غيره فى حق الارتفاق ، ولكن هنا يطلب القانون الظهور بمعناه الخاص فى حق الارتفاق ، أى أن يكون لهذا الحق معالم ظاهرة ، حتى تؤدى الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . وقدمنا أن التقنين المدنى الجديد يخلط ما بين الظهور فى حق الارتفاق والظهور فى الحيازة ، ويجعلهما شيئا واحدا هو الظهور فى حق الارتفاق لاعتبارات عملية [٣] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حقوق الارتفاق ، ومنها حق الشرب ، إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية . فاذا قضت المحكمة باكتساب حق الشرب بالتقادم ، وجب عليها أن تبين فى حكمها العناصر الواقعية اللازمة لثبوته ، من وضع [illegible] حتى يتيسر لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون . [illegible] خالياً من بيان العناصر الواقعية [illegible] فى هذا الغرض [illegible] فى التسبيب [illegible] (نقض مدنى [illegible] سنة ١٩٤٥ مجموعة [illegible] الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٦١ رقم ٤) . [illegible] فى الدور الأرضى من منزله [illegible] بضعة سنتيمترات تنفذ من نهاية ملك جاره ، وأنه [illegible] فى فرصة [illegible] أمامها . وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر فى ارتفاعه حتى [illegible] كلها . ومنع مجال النظر أمامها من أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل ، فهذه الحالة لا يصح [illegible] وضع يد لو استطالت مدته لأكسبت [illegible] الحق الذى يدعيه ، وذلك لعدم [illegible] من ناحية تصرف صاحب [illegible] فتحها وبعده ، ولعدم تحقق وصف الهدوء وعدم النزاع من الجار (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٥ رقم ٥) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩١ .

وكذلك ما قررناه من وجوب توافر الحيازة على عنصريها المادى والمعنوى ينطبق هنا فى حيازة حق الارتفاق ، حتى تؤدى الحيازة إلى كسب هذا الحق بالتقادم [١] . ونقف . فى العنصر المعنوى للحيازة . عند ما سبق أن قررناه من انتفاء هذا العنصر فى أعمال التسامح (actes de simple tolérance) وفى اتيان الرخصة من المباحات (actes de pure faculté) [٢] ، لنعيد فى إيجاز ما قدمناه فى هذا الشأن مطبقا على حيازة حق الارتفاق .

٥٩٦ — أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق لا تؤدى إلى كسبه بالتقادم : وأكثر ما ترد أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق . فهى تتضمن حيازة مادية لحق الارتفاق ، أى أعمالا تعتبر استعمالا فعليا لهذا الحق . ولكن صاحب العقار المرتفق به لايحمل هذه الأعمال على محمل الاعتداء على عقاره ، بل يكون قد رخص لجاره فى القيام بها ، ترخيصا صريحا ، أو ترخيصا ضمنيا بالسكوت عليها . فيكون هذا تسامحا منه نحو جاره ، محافظة منه على حسن الجوار . وكذلك الجار الذى يستعمل حق الارتفاق إنما يستعمله لا بقصد الاعتداء على ملك جاره ، بل هو يستعمله بناء على هذا الترخيص الصريح أو الضمنى الصادر له من جاره . فتكون الحيازة هنا قد تجردت عن عنصرها المعنوى وهو عنصر القصد ، ولذلك لا تقوم . ومن ثم لا تؤدى إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . فاذا أقام الجار بناء فى الحد الفاصل بين أرضه وأرض جاره وكانت الأرض الأخيرة أرضا فضاء ، وفتح الجار نافذة فى الحائط المقام فى الحد الفاصل ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض جاره يفتح المطل على سبيل التسامح ، لأن فتح المطل فى هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيره أن يفتح جاره مطلا عليها . وتكون حيازة صاحب المطل قائمة على تسامح من الجار ، فهى حيازة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلايكسب حق ارتفاق بالمطل ولو بقى المطل مفتوحا خمس عشرة سنة أوأكثر . وإذا كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، ولكن صاحبها مر فى أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر ، وثبت أن الجار قد ترك

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

جاره يمر فى أرضه على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة هذا الأخير لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد . فلا يستطيع أن يكسب حق المرور بالتقادم ولو بقى يمر فى أرض الجار خمس عشرة سنة أو أكثر .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسبه هذه الأعمال حق الارتفاق بالتقادم . وينظر القاضى فى ذلك إلى مقدار ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات للجار . وإلى مقدار ما لهذا الجار من مصلحة فى معارضة هذه الأعمال . فاذا لم تكن هذه الأعمال من شأنها أن تضايق الجار كثيرا ، وكان لهذا الجار مصلحة فى عدم معارضتها حفاظا منه على حسن الجوار ، ورعاية منه لما يقوم بينه وبين جاره من علاقة ود لا ينبغى أن يعكر صفاءها ، أمكن أن يستخلص من كل ذلك أن الجار قد احتمل من جاره هذه الأعمال على سبيل التسامح . وأن هذا الأخير لم يقم بهذه الأعمال اعتداء على حق الجار ولكن لما آنسه من روح التسامح عند هذا الجار »[١] .

٥٩٧ – إتيان الرخصة من المباحات لا تؤدى إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم: وقدمنا [٢] . أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدنى تنص على أنه « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح .

والعمل الذى يأتيه الشخص على أنه رخصة من المباحات هو محض رخصة يأتيها ، وليس لأحد أن يمنعه منها . فلا هو فى إتيانها حاز حق ارتفاق ولو محض حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده قصد استعمال حق ارتفاق . ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة ، لتخلف عنصريها المادى والمعنوى معاً . ففى حين أن أعمال التسامح يقوم بها العنصر المادى للحيازة دون عنصرها المعنوى ، إذا باتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة أصلا ، لا فى عنصرها المعنوى ولا فى عنصرها المادى . فاذا فتح شخص مطلا مستوفيا لقيد المسافة .

---

(١) انظر فى كل ما تقدم آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

فهو فى ذلك إنما يستعمل رخصة فى حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا فى حدود ملكه . لأن صاحب المطل لم يكسب حق ارتفاق قبل جاره بفتحه المطل . إذ هو لم يأت فى ذلك إلا برخصة من المباحات . وإذا أقام شخص حائطا على حدود ملكه ، وفتح فى هذا الحائط منوراً مستوفيا لشروطه . فهو فى فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات ولم يقصد من فتح المنور الاعتداء على حق لأحد ؛ ولم يقع فعلا أى اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة فى هذه الحالة ، ولا يكسب حق ارتفاق قبل الجار . ويجوز للجار ، حتى لو بقى المنور مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، أن يقيم فى حدود ملكه حائطا يسد به المنور . ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم . كذلك لو أصبح الحائط الذى فتح فيه المنور حائطا مشتركا ، فانه يجوز للجار الآخر أن يطلب سد المنور بعد أن أصبح الحائط مشتركا ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يقول إن المنور بقى مفتوحا خمس عشرة سنة فكسب حق ارتفاق بالتقادم . ونرى من كل ذلك أن إتيان رخصة من المباحات ، كالقيام بعمل من أعمال التسامح ، لاتقوم به حيازة ، ولا يؤدى إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التى يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التى يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عنصرا الحيازة المادى والمعنوى . فتتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدى إلى التقادم . مثل ذلك أن يأتى الجار الذى يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادى يعارض به حق المالك ، ويشعره بأنه إنما يحوز حق ارتفاق وأنه يقصد استعماله فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصران المادى والمعنوى . فإذا فتح شخص منورا فى الحائط القائم على حدود ملكه ، ولما أراد جاره أن يبنى حائطا هو الآخر فى حدود ملكه يسد المنور منعه الجار من ذلك ، ورضخ جاره لهذا المنع ، فان هذا عمل مادى دل به الجار على أنه بفتحه المنور لا يقصد أن يأتى رخصة من المباحات . بل قصد أن يستعمل حق ارتفاق . ومن ثم إذا ظل على هذه الحال خمس عشرة

سنة ، كسب حق ارتفاق بالتقادم ، ولم يستطع جاره أن يسد المنور ، وإذا أصبح الحائط المفتوح فيه المنور حائطا مشتركا لم يجز أيضا سد المنور فقد كسب الجار حق فتحه بالتقادم . وإذا عمد الجار الذى يمر فى أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف المكان الذى يمر فيه وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع فى أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة التى توافر فيها عنصراها المادى والمعنوى ، واستمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فان الحيازة تنتج أثرها وتكسب صاحبها حق ارتفاق بالمرور [١] .

§٣ – مدة التقادم

٥٩٨ – مدة التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى: لما كان حق الارتفاق عقارا ، وكان كسب العقار بالتقادم إما أن يكون بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير ، فان المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى خرجت على هذه القاعدة العامة إذ جاءت محددة لنوع التقادم الذى يكسب به حق الارتفاق ، فهى تقول : « الارتفاقات المستمرة الظاهرة تكسب بالسند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة ». وازاء هذا النص الصريح ، جرى القضاء والفقه فى فرنسا على أن حق الارتفاق لا يكسب إلا بالتقادم الطويل ، أى بحيازة تدوم ثلاثين سنة كما تصرح المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى سالفة الذكر ، فحق الارتفاق إذن لا يكسب بالتقادم القصير أى بحيازة تدوم ما بين عشر سنوات وعشرين سنة [٢] . ويستند هذا الرأى ، إلى جانب صريح نص المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى سالفة الذكر ، إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى ، حيث يصرح Malleville وهو أحد واضعى هذا التقنين بأنه « بالنسبة إلى كسب حقوق الارتفاق ، لا يقر

---

(١) انظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٨٣٤ داللوز ٣٥ – ١ – ٦٥ – ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٦ – ١ – ١٠٣ – بيزانسون ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ٢ – ٢٠٨ – ديمولومب ١٢ فقرة ٧٨١ – لوران ٨ فقرة ١٩٤ – توليه ٣ فقرة ٦٣٠ – ماركاديه تحت المادة ٦٩٠ فقرة ٢ – ديمانت ٢ فقرة ٥٤٦ مكررة – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ وهامش ١ – بردرى وشوفو فقرة ١١١٣ .

التقنين المدنى من أنواع التقادم إلا التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة » . هذا إلى حجة منطقية يضيفها أصحاب هذا الرأى ، فيقولون إن السبب فى جواز كسب الملكية ذاتها بالتقادم القصير وعدم جواز كسب حق الارتفاق بهذا النوع من التقادم يرجع إلى أن حيازة الملكية أى حيازة الشيء محل الملكية ، أمر محسوس يمكن التثبت منه أكثر من التثبت من حيازة حق الارتفاق ، إذ أن حيازة حق الارتفاق تدق كثيراً ، فلم ير المشرع الفرنسى إعمال التقادم القصير بالنسبة إليها ، ولم يفسح المجال فيها إلا للتقادم الطويل [١] .

وينتقد جانب من الفقه الفرنسى هذا الرأى [٢] ، ويذهب إلى أن المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى ، عندما قررت أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، إنما أرادت أن تستبعد قاعدة كانت مقررة فى القانون الفرنسى القديم [٣] ، وكانت تقضى بأن حق الارتفاق لا يكسب بالتقادم إلا إذا كان مصحوبا بسند . فأراد المشرع الفرنسى أن يعدل عن هذه القاعدة القديمة ، وأن يجعل حق الارتفاق يكسب بالتقادم كسائر الحقوق العينية ولو لم يكن مصحوبا بسند . ولم يتمثل وقت وضع المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى إلا حالة ما إذا كان حائز العقار المرتفق به هو مالكه الحقيقى كما هو الغالب ، فقرر أن من يحوز حق ارتفاق على هذا العقار يتملكه بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، وعنى بذلك أن حائز حق الارتفاق يتملك هذا الحق بالتقادم دون حاجة إلى سند . ولم يخطر على باله وقت وضع هذه المادة حالة التقادم القصير ، وهى حالة معقدة تقضى أن يكون حائز العقار المرتفق به هو غير مالكه الحقيقى وقد رتب على هذا العقار حق ارتفاق بموجب الاتفاق ، حتى يقال إنه أراد بنص المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى استبعاد تملك حق العقار فى هذه الحالة بالتقادم القصير . فالمادة ٦٩٠ مدنى فرنسى لا شأن لها إذن بنوع التقادم الذى يكسب به حق الارتفاق ، وكل

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ هامش ١ – بودرى وشوفو فقرة ١١١٢ ص ٨٤٢ .

(٢) ديرانتون ٥ فقرة ٥٩٣ – ترولون فى التقادم ٢ فقرة ٨٥٦ – بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٩ – جرسران ١ فقرة ١٩٩٦ – مازو فقرة ١٧٢٠ – وانظر مارتى ورينو فقرة ١٥٤ .

(٣) عادات باريس وأورليانس (coutumes de Paris et d'Orléans) .

ما أرادت أن تقوله هو أن حق الارتفاق يكسب بالتقادم دون حاجة إلى سند. ولما كانت المادة ٢٢٦٥ مدنى فرنسى تقرر فى نص عام شامل أن العقار يكسب بالتقادم القصير إذا كان هناك سبب صحيح واقترنت الحيازة بحسن النية ، فان حق الارتفاق كغيره من العقارات يدخل فى عموم هذا النص ، ويجوز أن يكسب هو الآخر بالتقادم القصير متى وجد السبب الصحيح وحسن النية . وإذا لم يكن هناك شك فى أن حق الملكية يكسب بالتقادم القصير . فكيف ينكر على حق الارتفاق ، وهو دون حق الملكية مرتبة ، أن يملك هو أيضا بالتقادم القصير [1]

٥٩٩ – مدة التقادم فى التقنين المدنى المصرى : أما فى التقنين المدنى المصرى ، فالمسألة لا تحتمل أى خلاف . فان الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدنى ، كما رأينا [2] ، تنص على ما يأتى : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . فلم تنقل ما قررته المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى من أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة المدة الطويلة ، بل قررت أن حق الارتفاق الظاهر يكسب بالتقادم اطلاقا ، دون تمييز بين التقادم الطويل والتقادم القصير . فلم يعد هناك محل ، فى القانون المصرى ، للوقوف فى كسب حق الارتفاق على التقادم الطويل دون التقادم القصير . بل يجب القول دون أى تردد أن حق الارتفاق ، فى القانون المصرى ، يكسب بالتقادم القصير كما يكسب بالتقادم الطويل ، متى كان حق الارتفاق ظاهرا .

فحق الارتفاق الظاهر يكسب إذن بالتقادم الطويل ، أى بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . فاذا حاز شخص على عقار جاره حق ارتفاق ظاهر ليس له كحق مطل أو حق مرور . واستمر حائزا له مدة خمس عشرة سنة . وتوافرت فى الحيازة عنصراها المادى والمعنوى وكذلك توافرت شروطها .

(١) بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٧٥٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٦٠ .

فان الحائز لحق الارتفاق يتملك هذا الحق بالتقادم الطويل (١) .

وحق الارتفاق الظاهر يكسب أيضا بالتقادم القصير ، أى بحيازة تدوم خمس سنوات . فاذا كان حائز العقار المرتفق به لا يملكه : سواء كان حائزا بحسن نية أو بسوء نية ، ورتب على العقار الذى يحوزه حق ارتفاق بالمطل أو حق ارتفاق بالمرور مثلا ، بموجب اتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق ، فان هذا الأخير لا يملك حق الارتفاق بهذا الاتفاق ، لأن الاتفاق صادر من غير مالك . ولكن إذا كان حسن النية أى يعتقد أنه تعاقد مع المالك ، وحاز حق الارتفاق حيازة مستوفية لعنصريها ولشرائطها ، وكان حق الارتفاق ظاهرا ، ودامت حيازته خمس سنوات ، فانه يتملك حق الارتفاق بالتقادم القصير (٢) .

---

(١) وإذا كان العقار المرتفق به موقوفاً ، كانت مدة التقادم المكسب ثلاثا وثلاثين سنة (استئناف مصر ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٣٩ ص ٢٨٦ – استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٩) .

ولا بد من إثبات انقضاء مدة التقادم ، فلا يكفى القول بأن حق الارتفاق قائم منذ زمن بعيد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اقتصر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق بالرى من ترعة على القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن « لأرض الوقف سواقى ومراوى تأخذ المياه من هذه الترعة ، وأن حالتها تدل على أنها عملت من زمن قديم جداً ، فحق الرى إذن من هذه الترعة قد ثبت قانوناً لأرض الوقف منذ كانت هذه الترعة مروى قبل أن توسعها الحكومة » ، فهذا الحق يكون ثبوته بالتقادم المكسب نفسه (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٢) ، وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٤ . وقضت أيضاً بأنه إذا أسست المحكمة قضاءها بثبوت حق الارتفاق على الحكم الصادر بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى فى حق ارتفاق الرى ، مع أن هذا الحق لم يثبت بعد وكل ما أثبته الحكم المذكور هو مجرد حيازة ظاهرة على المسقى يحميها القانون دون بحث فى أصل الحق من أساسه ، الأمر الذى كان يتعين معه على المحكمة مراعاة هذا الأساس . وإذ هى لم تفعل ولم تلق بالا إلى مدى الفرق بينهما ، مما كان له أثر فى قضائها من حيث تحديد مدة التعرض وتقدير التعويض وتقويم عناصره وانسحاب أثر ذلك التقدير إلى بدء التعرض المدعى به وتحديد مقابله عن مدة سابقة مع منازعة المدعى عليه فى نشوء ملكيته فى تلك المدة ، فان حكمها يكون معدوم الأساس القانونى مما يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ .

أما بالنسبة إلى حائز العقار المرتفق به ، فانه ، إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح ، يتملك هذا العقار بالتقادم القصير . فلا يعود هناك محل فى هذه الحالة لحائز حق الارتفاق أن =

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على قيام حق الارتفاق

٦٠٠ - نص قانونى : تنص المادة ١٠١٩ مدنى على ما يأتى :

« تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها ، ولما جرى به عرف الجهة ، وللأحكام الآتية » [(١)].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠ فقرة ٢/٥١ فقرة ٢ .[(٢)]

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢/٩٨٧ - وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٢ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٥ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٨٤ [(٣)] .

= يتمسك بالتقادم القصير ، لأن حائز العقار المرتفق به يكون قد تملك هذا العقار بالتقادم وذلك بأثر رجعى ، فيتبين أنه وقت أن رتب حق الارتفاق على العقار كان يملكه ، فيترتب حق الارتفاق بالاتفاق لا بالتقادم . وإذا كان حائز العقار المرتفق به سىء النية ، أو لم يكن لديه سبب صحيح ، فانه لا يتملك العقار إلا بالتقادم الطويل ، أى بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . وفى هذه الحالة وحدها يكون لحائز حق الارتفاق مصلحة فى أن يتمسك بالتقادم القصير ، إذ أنه يتملك حق الارتفاق بهذا التقادم قبل أن يتملك حائز العقار المرتفق به هذا العقار بالتقادم الطويل ، فليس لم حائز حق الارتفاق إذا أراد استبقاء هذا الحق إلا أن يتمسك بأنه قد تملكه بالتقادم القصير .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٣ - ص ٦٣٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٠ فقرة ثانية/٥١ فقرة ثانية : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى ، وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . (وحكم التقنين المدنى السابق لا يختلف فى مجموعه عن حكم التقنين المدنى الجديد).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢/٩٨٧ : وتحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالسند الذى يحدثها . وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يوافق التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٨٤ : وتحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالسند الذى يحدثها . وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يطابق نص التقنين السورى . والنص الأخير مأخوذ منه . وهو موافق للتقنين المصرى).

ويخلص من هذا النص أن ما ينتجه حق الارتفاق من آثار يبينه عادة سند إنشائه ، من عقد أو وصية . فما ورد في العقد أو في الوصية في هذا الشأن يجب اتباعه ، لأن الإرادة هنا هي مصدر حق الارتفاق وهي التي تبين مداه وترسم حدوده . وإذا كان حق الارتفاق قد كسب بالتقادم ، فانه يكسب في نطاق الحيازة التي كانت أساسا للتقادم . وإذا كسب هذا الحق بتخصيص المالك الأصلي ، فهذا التخصيص هو أساس الاتفاق الضمني الذي يقوم عليه هذا المصدر ، وهو الذي يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده كما في العقد والوصية .

وإلى جانب ذلك ، تجب مراعاة عرف الجهة ، فيما لا يتعارض مع ما تقدم .

ثم إن هناك أحكاما أوردها القانون ، تكمل هذا وذاك فيما لا يتعارض معهما ، وهذه الأحكام هي التي تتولى بحثها هنا . وبعضها يبين آثار حق الارتفاق بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ، وبعض آخر يبين هذه الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به .

المبحث الأول

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق

٦٠١ - مسألتان : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق . (٢) ومن حيث الدعاوى المخولة للمالك العقار المرتفق .

§ ١ - تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق

٦٠٢ - تحديد مدى حق الارتفاق : قدمنا [1] أن مدى حق الارتفاق يتحدد تبعا للسبب الذي أنشأ هذا الحق .

فان كان سبب إنشائه العقد أو الوصية ، وجب الرجوع إلى ما يقرره السند في هذا الشأن . ويفسر القاضي إرادة المتعاقدين أو إرادة الموصي طبقا للقواعد المقررة في تفسير الإرادة . وهو في تفسيره هذه الإرادة يبت في مسألة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٠ .

موضوعية ، لا معقب عليه فيها من محكمة النقض [١] . ويراعى القاضى فى تفسيره للسند ، ليحدد مدى حق الارتفاق ، أن يوفق مابين فائدة العقار المرتفق وبين إلقاء أقل عبء على العقار المرتفق به ، مع ملاحظة أن يكون التفسير فى مسائل حق الارتفاق تفسيرا ضيقا [٢] .

وإن كان سبب انشاء الارتفاق تخصيص المالك الأصلى ، فان مدى حق الارتفاق يتحدد بهذا التخصيص ، وهو الذى وقع عليه الاتفاق الضمنى مابين المالك الأصلى وصاحب العقار الآخر [٣] .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق التقادم ، فان الحيازة التى كانت أساسا للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق ، وبقدر ما حاز صاحب العقار المرتفق من حق الارتفاق حيازة مستوفية لعنصريها ولشرائطها يكون تحديد مدى حق الارتفاق الذى كسب بالتقادم (tantum prescriptun, quantum possessum). فاذا كان صاحب العقار المرتفق قد كسب بالتقادم أن يفتح نافذتين على مسافة أقل من المسافة القانونية فى الطابق الأوسط من بنائه ، فبهذا القدر يتحدد مدى حق ارتفاقه بالمطل ، وليس له أن يفتح إلى جانب النافذتين نافدة ثالثة ،

---

(١) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٣٢٤ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ داللوز ١٩٣١ – ١ – ١٠٥ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٧٠ – ٢٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٤ هامش ٢ – ولكن ذلك لايمنع من أن تفسر عبارات العقد أو الوصية ، فى ارتفاق بالمطل رتبه هذا السند فى عبارات واسعة ، بأن هذه العبارة تفيد أن الارتفاق يشمل أيضاً ارتفاقاً بعدم البناء ولو فى حدود المسافة القانونية ، فينقلب الارتفاق بالمطل على هذا النحو ارتفاقاً بالرؤية (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ – نقض فرنسى ٢٩ يونيه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٣ – ١ – ٣٩) . ويصح أيضاً أن يكون مالك العقار المرتفق قد وسع من حق الارتفاق عما كان عليه فى السند أو ضيق منه ، عن طريق التقادم المكسب أو عن طريق عدم الاستعمال (بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ – مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٧٦ هامش ٦ – نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٥٤ داللوز ١٩٥٤ – ١٨٤ : يعتد بالحيازة وتفسير السند)

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ – بلانيول وريبير وبيكر ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ – ص ٩٥٦ – نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ١٤٦

ولا أن يسد نافذة من النافذتين ويفتح نافذة بدلا منها فى طابق أعلى أو فى طابق أسفل [١] .

ويلاحظ أنه فى تحديد مدى حق الارتفاق ، أيا كان سبب إنشائه ، يجب أن يتضمن هذا الحق كل ماهو ضرورى لاستعماله . وتنص المادة ٦٩٦ مدنى فرنسى فى هذا المعنى على أنه « إذا رتب حق الارتفاق ، فالمفروض أنه تضمن كل ما هو ضرورى لاستعماله . فالارتفاق باغتراف المياه من عين للغير يتضمن بالضرورة حق المرور » [٢] . والارتفاق بالشرب قد يتضمن حق المجرى ، أى الحق فى حفر مسقاة تجرى منها المياه إلى الأرض المرتفقة . ويجب أن يكون الحق الذى يتضمنه الارتفاق ضروريا لاستعماله ، ولا يكفى أن يكون نافعا . فالارتفاق بالمجرى لا يتضمن ضرورة حق المرور ، حتى لو كان هذا الحق من شأنه أن ييسر استعمال حق الارتفاق [٣] . والارتفاق الإضافى يتبع الارتفاق الأصلى فى مصيره ، فاذا انقضى الارتفاق الأصلى ولو بعدم الاستعمال انقضى تبعا له الارتفاق الإضافى . وإذا لم يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الأصلى المدة الكافية لزواله بعدم الاستعمال ، لم يمنع من زواله أن يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الإضافى وحده [٤] .

٦٠٣ – تجزئة العقار المرتفق فى نص قانونى: تنص المادة ١٠٢٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا جزئ العقار المرتفق ، بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به » .

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٢ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ – وربير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ – نقض فرنسى ٤ يونيه سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣ – ١ – ٣٥٦ .

(٢) أنظر أيضا م ٩٨٨ مدنى سورى ، وم ٨٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٥ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢٦ – بلانيول وربير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٦ ص ٩٥٦ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٥ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢٦ ص ٨٥٦ – بلانيول وربير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠٦ .

« ٢ – غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى »[(١)].

ويخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . وتجزئة العقار تتم بطرق مختلفة . فيجوز أن تتم بقسمة العقار قسمة إفراز ، ويختص كل شريك بجزء مفرز ، وفى هذه الحالة يتعدد حق الارتفاق بتعدد الأجزاء المفرزة ، ويكون لكل جزء مفرز نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، ولكن بشرط ألا يترتب على ذلك أية زيادة فى عبء حق الارتفاق الأصلى . وقد تتم تجزئة العقار بأن يباع جزء منه لأجنبى ، فيصبح العقار مجزأ إلى قسمين وفى هذه الحالة أيضا يكون لكل جزء منهما نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، على ألا يترتب على ذلك أية زيادة فى عبء حق الارتفاق . وقد تتم تجزئة العقار بأن يرثه أكثر من واحد ، وفى هذه الحالة يبقى حق الارتفاق كما هو ، ولكن يستعمله أشخاص متعددون دون أن يزيدوا فى عبئه[(٢)] . ونرى من ذلك أنه فى جميع الأحوال التى يتجزأ

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٣ – ص ٦٤٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٩١ :

١ – إذا جزىء العقار المرتفق ، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق به . ٢ – فى حق المرور يتحتم على جميع الشركاء بالملك أن يستعملوه بنفس الوضع .

(والتقنين السورى يوافق التقنين المصرى ، غير أنه لم يورد ما يقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٩ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٨٨ (مطابقة للمادة ٩٩١ سورى ، ونص المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧٠ .

فيها العقار ، لا يتغير مدى حق الارتفاق ، حتى لو تجزأ إلى حقوق متعددة ، وحتى لو تعدد من يستعمله . والمهم هو ألا يترتب على تجزئة العقار زيادة فى عبء حق الارتفاق ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ مدنى سالفة الذكر : « على ألا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به » . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الرمل أو مقدار معين من الأحجار من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار على النحو الذى قدمناه فتجزأ حق الارتفاق إلى حقوق متعددة أو تعدد مستعملوه ، لم يجز أن يكون مجموع ما يؤخذ من الرمل أو من الأحجار من الأرض المرتفق بها بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما كان يؤخذ قبل تجزئة هذا العقار . وإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار المرتفق ، فان حق المرور بعد هذه التجزئة يجب أن يستعمل دائما فى هذا الموضع المعين دون أن يتعداه[1] .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مدنى سالفة الذكر على ما يأتى : « غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى » . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ الكمية اللازمة من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ، ثم تجزأت هذه الأرض الأخيرة إلى جزأين متساويين ، فان كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التى كانت تؤخذ من قبل . فاذا كانت الأرض المرتفقة قد جزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما فى الجزء الذى اختص به مصنعا ويستبقى الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت ، فان حق الارتفاق يبقى بالنسبة إلى هذه الأرض الأخيرة فتأخذ من الأرض المرتفق بها نصف كمية الأسمدة التى كانت تؤخذ من قبل . أما الجزء الذى خصص لبناء المصنع فلم يعد فى حاجة إلى السماد لأنه لم يبق

---

(١) وتنص المادة ٧٠٠ / ٢ مدنى فرنسى صراحة على هذا الحكم فتقول : « فمثلا إذا كان حق الارتفاق هو حق مرور ، فان جميع الملاك فى الشيوع أن يستعملوا هذا الحق فى نفس الموضع » (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ – وانظر فيما يتعلق بحق اغتراف المياه بردرى وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧١) .

أرضا زراعية ، فيكون لمالك العقار المرتفق به فى هذه الحالة أن يطلب زوال حق الارتفاق بالنسبة إلى هذا الجزء(١) .

٦٠٤ – تجزئة العقار المرتفق به – نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا جزىء العقار المرتفق به ، بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه » .

« ٢ – غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطالب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه »(٢) .

ويخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق به ، كما رأيناه يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . وتتم تجزئة العقار المرتفق به بالطرق نفسها التى تتم بها تجزئة العقار المرتفق ، وقد بينا ذلك فيما تقدم(٣) .

فاذا جزىء العقار المرتفق به ، صار كل جزء منه محملا بنفس حق الارتفاق الذى كان العقار كله محملا به من قبل . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو عدم البناء فى الأرض المرتفق بها ، وجزئت هذه الأرض ، فان كل جزء منها يكون محملا بنفس حق الارتفاق وهو عدم البناء فى هذا الجزء(٤) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ص ٦٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٥ – ص ٦٤٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٠ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٦٠٣ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

وإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الأحجار من محجر هو العقار المرتفق به ، وجزىء هذا المحجر إلى ثلاثة أجزاء متساوية ، فان كل جزء منه يكون محملا بحق ارتفاق هو أن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التى كانت تؤخذ من قبل من المحجر كله (١) .

وإذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع ولا يمكن استعماله على بعض الأجزاء التى انقسم إليها العقار المرتفق به ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٥ مدنى سالفة الذكر ، فمالك كل جزء من هذه الأجزاء التى لا يمكن استعمال حق الارتفاق عليها أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الجزء الذى يملكه ، إذ يصبح حق الارتفاق على هذه الأجزاء فى هذه الحالة غير ذى موضوع . فاذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين فى الأرض المرتفق بها ، أو حق شرب من مسقاة فى الأرض المرتفق بها ، أو حق اغتراف المياه من عين فى الأرض المرتفق بها ، أى كان حق الارتفاق بوجه عام مركزا فى مكان معين فى الأرض المرتفق بها ، وتجزأت هذه الأرض ، فان الجزء الذى يقع فيه مكان حق الارتفاق ، أى الجزء الذى يقع فيه طريق المرور أو المسقاة أو العين ، هو وحده الذى يبقى محملا بحق الارتفاق كاملا كما كان من قبل تجزئة العقار المرتفق به . ومالك كل جزء آخر من الأجزاء التى لا يقع فيها مكان حق الارتفاق أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذى يملكه ، لأن الحق لا يستعمل ولا يمكن أن يستعمل فى هذا الجزء (٢) . ويتفق ملاك الأجزاء المختلفة التى انقسم لها العقار المرتفق به فيما بينهم على تعويض مالك الجزء المرتفق به الذى يقع فيه مكان حق الارتفاق ، والذى تحمل وحده دون سائر الأجزاء عبء هذا الحق .

٦٠٥ — استعمال حق الارتفاق — نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٠ مدنى على ما يأتى :

---

(١) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٠٨ — لوران ٨ فقرة ٢٨٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ — وقارن بودرى وشوفو فقرة ١١٣٩ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦ — وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

« ١ – لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى ينشأ عنه أقل ضرر ممكن » .

« ٢ – ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق »[١] .

ويخلص من هذا النص أن مالك العقار المرتفق ، فى استعماله لحق الارتفاق، يملك أن يقوم بما هو ضرورى من الأعمال لاستعماله . فاذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، وكان استعمال هذا الحق يقتضى أن يقيم جسرا فوق ترعة أو مصرف ، أو كان له حق ارتفاق بالمجرى وكان استعمال هذا الحق يقتضى أن يحفر قناة تجرى فيها المياه ، أو كان له حق ارتفاق بالشرب من بئر إرتوازى وكان استعمال هذا الحق يقتضى أن يقيم على البئر مضخة يجلب بها المياه ، كان له

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدى كان يقسم الفقرة الأولى إلى فقرتين ، تبدأ الفقرة الثانية منهما بعبارة : «إلا أن عليه أن يستعمل حقه على الوجه إلخ إلخ » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرتان الأوليان فى فقرة واحدة لارتباط الحكم ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٤ – ص ٦٣٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٨٩ : لمالك العقار المرتفق الحق فى أن يقيم فى العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانته .

م ٤/٩٩٢ : وكذلك من له حق ارتفاق لا يمكنه استعماله إلا وفقاً لمنطوق سنده ، ولا يجوز له أن يحدث فى أرضه أو فى العقار المرتفق به أى تعديل من شأنه إرهاق هذا العقار .

(وهذه الأحكام موافقة لأحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٦ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٨٦ (مطابقة للمادة ٩٨٩ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٤/٨٩ (مطابقة للمادة ٤/٩٩٢ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

أن يقيم الجسر أو يحفر القناة أو يقيم المضخة : وكل هذه أعمال ضرورية لاستعمال حق الارتفاق . وكذلك يحق لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ماهو ضرورى للمحافظة على حق الارتفاق . فاذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، كان له أن يعبد الطريق الذى يمر منه ، وأن يرصفه عند الاقتضاء ، وأن يقوم بالإصلاحات اللازمة التى تقتضيها صيانة الطريق[١] . ويجب أن يكون القيام بهذه الأعمال على الوجه الأقل ضررا للعقار المرتفق به ؛ ولصاحب هذا العقار الأخير أن يحدد ميعادا معقولا للفراغ منها[٢] ، ويبقى مالك العقار المرتفق حرا فى أن يقوم بهذه الأعمال أو ألا يقوم بها ، فهذا حقه وليس واجبا عليه . ولكن إذا لم يقم بها ، وتسبب عن ذلك ضرر للعقار المرتفق به من جراء استعمال حق الارتفاق ، كان مالك العقار المرتفق مسئولا عن التعويض[٣] .

ومالك العقار المرتفق ، فى استعماله لحق الارتفاق ، يجب عليه من جهة ألا يجاوز حدود هذا الحق ، ويجب عليه من جهة أخرى ، حتى لو لم يجاوز هذه الحدود أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن فلا يسىء استعمال هذا الحق . ونبحث كلا من الواجبين .

فالواجب الأول هو ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق . فلا يحق له أن يجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر ، فحق الارتفاق إنما نشأ للوفاء بحاجات عقار معين . وكما لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستوفى حاجات هذا العقار من غير العقار المرتفق به ، كذلك لا يجوز أن يستوفى من العقار المرتفق به حاجات عقار غير العقار المرتفق . ومجاوزة العقار المرتفق إلى عقار آخر ، كمجاوزة العقار المرتفق به إلى غيره من العقارات ، يعتبر فى الحالتين

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ – وبديهى أن مالك العقار المرتفق يقوم بهذه الأعمال جميعاً فى العقار المرتفق به ، بل إن النص (م ١/١٠٢٠ مدنى) لاحاجة له إلا لهذا الغرض ، لأن القيام بأعمال فى العقار المرتفق هو من حق مالك هذا العقار دون حاجة إلى نص على ذلك (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ .

(٣) نقض فرنسى ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ – ١ – ٢٩٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ .

مجاوزة لحدود الارتفاق [١] . كذلك لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يجاوز حدود حق الارتفاق من حيث مضمون هذا الحق . فاذا كان الارتفاق حق مرور مقصورا على المشى ، لم يجز لمالك العقار المرتفق أن يمر راكبا [٢] ، أو أن تمر معه المواشى [٣] . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٠ مدنى سالفة الذكر : « ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أيةزيادة فى عبء الارتفاق » . فاذا تقرر حق ارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكنى ،

---

(١) على أنه يجوز لمالك العقار المرتفق إذا لم يجاوز حاجةعقاره ، كما لوأخذ كميةالمياه اللازمة لرى أرضه من مسقاة العقار المرتفق به ولم يزد عليها ، أن يستعمل المياه التى تتخلف عن رى أرضه فى أغراضه ، كرى أرض مجاورة أواستخدام المياه لحاجات مصنع أقامه بجانب الأرض أواستخدامه كقوة محركة (بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٢ ص ٩٦٢) .

(٢) نقض فرنسى ١٩ مارس سنة ١٨٦١ داللوز ٦١ - ١ - ١٦٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعى ، وإن كان له حق ارتفاق بالصرف ، إلا أنه لم يدع حقه على حالته وقت التعاقد ، بل إنه غير منه بأن أقام نضاحة على أطيانه ليستعين بها على صرف المياه ، فيكون من حق المدعى عليه أن يمنعه من الصرف بوضع سدود فى المصرف - إذا دفع بهذا وتثبتت المحكمة أن المدعى هو البادئ باحداث التغيير فى مضمون هذا الحق باقامة النضاحة ، وأن المدعى عليه لم يكن منه إلا أنه وضع سداً فى المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه المصرف فيه حتى يحمى أرضه من الضرر الذى يلحقها من جراء ذلك ، كما استظهرت أن المدعى لم يمض على انتفاعه بالتغيير الذى أحدثه إلا فترة وجيزة لاتستأهل حماية وضع اليد ، وبناء على ذلك قضت برفض الدعوى ، فان حكمها يكون مطابقاً للقانون (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ١) .

ويعتبر مجاوزة لمضمون حق الارتفاق أن يغير مالك العقار المرتفق أو أن يطلب تغيير المكان الذى يستعمل فيه هذا الحق دون موافقة مالك العقار المرتفق به ، حتى لولم يحدث أى ضرر للعقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٣١٣ - إسماعيل غانم ص ٣٦) . وقدكان المشروع التمهيدى لنص المادة ١٠٢٣ مدنى يتضمن نصاً يجيز المالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان الذى يستعمل فيه حق الارتفاق ، ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة مجلس الشيوخ لأن فيه توسيعاً لحق الارتفاق وهو حق يجب أن يبقى فى حدوده الضيقة (أنظر مايلى ص ١٣٨٠ هامش ١) . وانظر فى عهد التقنين المدنى السابق ، عدم جواز أن يغير مالك العقار المرتفق مكان الارتفاق استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٢ - وقارن استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ٦١ ص ٢٥ .

ثم استعمل جانب من هذا المنزل معهدا أو ناديا أومستوصفا ، لم يجز أن يترتب على ماجد من حاجات المنزل بسبب وجود المعهد أو النادى أو المستوصف أية زيادة فى عبء الارتفاق . ويجب فى هذه الحالة الاقتصار فى حق المرور على ما كان عليه من قبل ، أو الاتفاق مع مالك العقار المرتفق به على توسيع حق المرور لمواجهة ما استجد من الحاجات [١] . ووجوب ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق ، يراعى دون نظر لما إذا كان يترتب على هذه المجاوزة ضرر للعقار المرتفق به . فحتى لو لم يترتب على المجاوزة أى ضرر ، فان المجاوزة فى ذاتها إخلال بواجب مالك العقار المرتفق ، وتستوجب مسئوليته [٢] .

والواجب الثانى على مالك العقار المرتفق هو ألا يسىء استعمال حق الارتفاق ، حتى لو لم يجاوز حدود هذا الحق . ولكن يشترط هنا وقوع الضرر ، على خلاف ما قررناه فى مجاوزة حدود حق الارتفاق . فيجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن (م ١٠٢٠ / ١ مدنى سالفة الذكر) ، فان استعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق به ضررا كان يمكن تجنبه لو أنه استعمله على وجه آخر يعود عليه بالفائدة المستحقة ، تحققت مسئوليته . ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كان مالك العقار المرتفق قد أساء استعمال حق الارتفاق [٣] .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٩ – وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ – ص ٨٦٨ – أما إذا تقرر حق الارتفاق بصفة عامة ، وليس بالنظر لاستعمال معين حدد على وجه الدقة ، فانه تجب مراعاة ، ليس فحسب الحاجات الحالية ، بل أيضاً الحاجات المستقبلة التى تستجد فيما بعد (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٣ ص ٩٦٤ – مارتى ورينو فقرة ١٦٠ ص ١٧٩ – ص ١٨٠ – نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ١ – ٢٩٦).

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ وما بعدها – بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٢ .

(٣) استئناف مختلط ٣ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤ – وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٥ – وانظر فى أمثلة متنوعة : =

وأى إخلال بالواجبين المتقدم ذكرهما من جانب مالك العقار المرتفق جزاؤه إلزامه باعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكذلك التعويض إن كان له مقتض . ويترك بوجه عام لتقدير قاضى الموضوع اختيار الجزاء المناسب وفقا للظروف المختلفة . أما التعويض فلا يطالب به إلا مالك العقار المرتفق نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب فى ذمته كالتزام شخصى . وأما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، فيطالب بها مالك العقار المرتفق الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة ، وذلك بأنها تكليف عينى ينقل العقار نفسه ويتبعه فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار [1] .

٦٠٦ – نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه

نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ – نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ، مالم يشترط غير ذلك » .

« ٢ – فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق » .

« ٣ – وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » [2] .

= نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢–١ – ٣٠٩ – ٧ فبراير سنة ١٩٤٩ Bull. civ. ١٩٤٩ ص ١١٨ فقرة ٤٧ – ١٧ نوفبر سنة ١٩٥٣ جازيت دى باليه ١٩٥٤ – ١ – ١٠٦ – ١٢ يوليه سنة ١٩٥٤ Bull, civ. ١٩٥٤ – ١ ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٩٨٤ – مازو فقرة ١٧٢٣ .

(١) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩ – ١ – ١٤٦ – ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٥ – وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ – ص ١٣٧ وهامش ٤ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٦ فى المشروع النهائى – ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٨ – ص ٦٤٠) .

=

ويخلص من هذا النص أن الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون نفقاتها فى الأصل على مالك العقار المرتفق ، فهو الذى يستفيد من حق الارتفاق ، فيجب عليه تبعا لذلك أن يدفع نفقات هذه الاستفادة . ويتحمل هذه النفقات حتى لو كانت عن أعمال اقتضى اجراءها عيب فى العقار المرتفق (١) ، أو اقتضاها تغيير محل الارتفاق بسبب تعديل فى الوضع القائم للأشياء (٢) . أما إذا كان هناك خطأ اقتضى إجراء هذه الأعمال ، فنفقتها تكون على من ارتكب هذا الخطأ على سبيل التعويض . فاذا كان الذى ارتكب الخطأ هو مالك العقار المرتفق به كانت نفقتها عليه دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك (٣) ، وإذا كان هو مالك العقار المرتفق تحمل نفقة هذه الأعمال حتى لو كان هناك اتفاق على أن تكون النفقة على مالك العقار المرتفق به (٤) .

ولكن القاعدة التى تقضى بأن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق فى نفس السند الذى أنشأ حق الارتفاق أو فى وقت لاحق على أن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به . وفى هذه الحالة يكون التزام هذا الأخير بنفقة الأعمال التزاماً عينياً (obligation réelle) ، إذ أن سبب الالتزام هنا هو

= ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٩٠ : إن أكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانته هى على عاتق مالك العقار المرتفق . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٧ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٨٧ (مطابقة للمادة ٩٩٠ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٣٢ ص ٨٠٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ – نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠ – ١ – ٣٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ – نقض فرنسى ١١ ديسمبر سنة ١٨٦١ داللوز ٦٢ – ١ – ٧٩ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٨ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ – نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠ – ١ – ٣٢ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١١٣٢ ص ٨٢٥ .

ملكيته للعقار المرتفق به (propter rem) [١] . وينبنى على ذلك أن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الورثة الشخصيين لمالك العقار المرتفق به ، بل ينتقل إلى كل من تنتقل إليه ملكية هذا العقار حتى لو كان خلفاً خاصاً . وينبنى على ذلك أيضاً ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدنى سالفة الذكر ، أن يكون لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق ، يتخلى عنه كله إذا كان حق الارتفاق يتناول كل العقار المرتفق به كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر ، ويتخلى فقط عن الجهة التى يباشر فيها حق الارتفاق كالارتفاق بالمرور من طريق معين فيكون التخلى عن هذا الطريق وحده . وهذا هو المقصود من العبارة التى وردت فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدنى ، وهى « التخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه » [٢] .

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٢٢ مدنى سالفة الذكر : « وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » . فاذا كان هناك ارتفاق بالمرور ، وكان الطريق المخصص لمرور مالك العقار المرتفق يمر منه أيضاً مالك العقار المرتفق به ويعود عليه من المرور فيه قدر متساو للفائدة التى تعود على مالك العقار المرتفق ، كانت نفقة صيانة الطريق مناصفة بين المالكين . وإذا كان الارتفاق هو اغتراف المياه من عين

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ – بوذرى وشوفو فقرة ١١٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ – نقض فرنسى ١١ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٣٦٥ .

(٢) ويكون لمالك العقار المرتفق به الحق فى التخلى حتى لو نزل عن هذا الحق ، وحتى لو ظل يدفع النفقات مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد التخلى بعد ذلك (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) . ويصح التخلى للتخلص من النفقات ، حتى ما استحق منها قبل التخلى (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) .

والتخلى إرادة منفردة تصدر من مالك العقار المرتفق به وحده ، ولاحاجة لقبولها من مالك العقار المرتفق ، بل يكفى إخطاره بها (نقض فرنسى ١١ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٣٦٥ – جرينوبل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ داللوز ١٩٤٣ – ٣٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ – مارتى ورينو فقرة ١٦٢ ص ١٨٣ .

موجودة فى العقار المرتفق به . وكان مالك هذا العقار الأخير يغترف هو أيضاً من هذه العين ثلاثة أمثال ما يغترفه مالك العقار المرتفق ، فإن نفقة صيانة العين يتحملها كل منهما ، فيتحمل مالك العقار المرتفق به ثلاثة أرباع النفقات ، ويتحمل مالك العقار المرتفق الربع الباقى [1] . وفى جميع هذه الأحوال يكون التزام مالك العقار المرتفق به بالمساهمة فى النفقات ليس التزاماً عينياً ، لأنه لا يساهم فى النفقات بسبب ملكيته للعقار المرتفق به كما هو الأمر عند ما يلتزم بالنفقات بموجب اتفاق خاص فيما قدمنا ، بل لأنه ينتفع بالأعمال انتفاع مالك العقار المرتفق فيساهم بنسبة ما انتفع . وعلى ذلك لا يجوز له ، كما جاز فى حالة التزامه بالنفقات بموجب اتفاق خاص ، أن يتخلص من المساهمة فى النفقات بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه .

§ ٢ ـ الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق

٦٠٧ ـ دعوى الإقرار بحق الارتفاق : لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هى دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confessoire de servitude) يطلب فيها من مالك العقار المرتفق به ، أو من أى حائز لهذا العقار ، الإقرار له بحق ارتفاقه على العقار المرتفق . ويقدم إثباتاً لدعواه الطريقة التى كسب بها حق الارتفاق ، وهى إحدى الطرق التى يكسب بها هذا الحق [2] ، وقد تقدم بيانها . وهذه الدعوى ، بالنسبة إلى حق الارتفاق ، تقابل دعوى الاستحقاق (action en revendication) بالنسبة إلى حق الملكية . ويطلب فيها المدعى تمكينه من استعمال حق ارتفاقه ، كما يطلب المدعى فى دعوى الملكية تسليمه العين محل حق الملكية . ويجوز أيضاً للمدعى أن يطلب هدم المنشآت التى أقيمت مخالفة لحق الارتفاق كإزالة المبانى فى حالة الارتفاق بعدم البناء [3] ، وكذلك الحكم بغرامة تهديدية (astreintes)

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩ – وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ .

(٢) أنظر فى ذلك بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ هامش ٢ .

(٣) نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٩٦٣ داللوز ١٩٦٣ . Som ٧٩ – ٤ يناير سنة ١٩٦٢ سيريه ١٩٦٣ – ٢٥٤ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ J. C. P. ١٩٦٣ – ٢ – ١٣٦٠٩ – ١٦ مارس سنة ١٩٦٤ جازيت دى باليه ٢٤ – ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٤ – ٤ مايو سنة ١٩٦٤ J. C. P. ١٩٦٤ – ٢ – ١٣٧٩٠ – مارتى ورينو فقرة ١٦٥ .

لإجبار المدعى عليه على تمكينه من استعمال حق الارتفاق[١] .

٦٠٨ – دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون الفرنسى :
وكما أن دعاوى الحيازة تحمى الحيازة بالنسبة إلى حق الملكية ، فمن المسلم به فى القانون الفرنسى أن هذه الدعاوى تحمى الحيازة أيضاً بالنسبة إلى حق الارتفاق . فيستطيع مالك العقار المرتفق أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض وإلى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، إذا توافرت شروط كل من هاتين الدعويين ، لحماية حيازته لحق الارتفاق من أى تعرض يقع على هذه الحيازة ، سواء من مالك العقار المرتفق به أو من الغير . ولكن يشترط فى القانون الفرنسى أن يكون حق الارتفاق ، إذا كان سببه التقادم أو تخصيص المالك الأصلى ، مستمراً وظاهراً ، لأن حق الارتفاق المستمر الظاهر هو وحده الذى يمكن كسبه بالتقادم أو تخصيص المالك الأصلى . فان كان سبب الارتفاق هو السند ، العقد أو الوصية ، جاز الالتجاء إلى دعاوى الحيازة أيا كان نوع حق الارتفاق ، ولو كان غير مستمر أو كان غير ظاهر ، لأن السند ينفى عن حق الارتفاق أية شبهة من أن تكون حيازته حيازة عرضية[٢] .

ويستثنى من دعاوى الحيازة دعوى استرداد الحيازة ، فهذه تفترض أن عملا من أعمال العنف قد وقع على حيازة مادية فانتزعها من صاحبها . ولما كانت حيازة حق الارتفاق لا تكون حيازة مادية ، لذلك لا يجوز لصاحب هذا الحق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة [٣] .

٦٠٩ – دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون المصرى :
أما فى القانون المصرى فالأمر يختلف ، إذ أن هذا القانون لا يشترط أن يكون حق الارتفاق مستمراً حتى يمكن كسبه بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلى . لذلك نرى أن كل حق ارتفاق ، ولو كان غير مستمر ، كسب بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلى ، تمكن حماية حيازته بدعوى منع

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٦

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ – مارتى ورينو فقرة ١٦٦ – وهنا يجمع القضاء الفرنسى بعض الشىء بين دعوى الحيازة ودعوى الموضوع (مازو فقرة ١٧٢٤ ص ١٣٦٠) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ ص ٩٧٠ .

التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً ، لأن الارتفاقات الظاهرة هي وحدها التي يمكن كسبها بالتقادم وبتخصيص المالك الأصلي [١] . فاذا كسب حق الارتفاق بالسند ، العقد أو الوصية ، فانه تمكن حماية حيازته دائماً بدعوى منع التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة ، ولو كان ارتفاقاً غير مستمر ، أو كان ارتفاقاً غير ظاهر .

ولا نرى مانعاً من جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة ، في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن عملا من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازته لهذا الحق . فاذا كان حق الارتفاق إلى هو ارتفاق بالمطل مثلا ، وأقام مالك العقار المرتفق به حائطاً محاذياً للنافذة فسدها سداً تاماً ، فلماذا لا يجوز لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ دعوى استرداد الحيازة في هذه الحالة وقد انتزعت منه حيازته بعمل من أعمال العنف ؟ وكذلك الأمر في حق الارتفاق بالمرور ، إذا عمد مالك العقار المرتفق به إلى هدم الجسر الذي يباشر عليه حق الارتفاق ، فانه يجوز في هذه الحالة لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة بعد أن انتزعت حيازته لحقه بعمل من أعمال العنف .

المبحث الثاني

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به

٦١٠ - مسائله : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث واجبات مالك العقار المرتفق به . (٢) ومن حيث الدعاوى المخولة لمالك هذا العقار .

§ ١ - واجبات مالك العقار المرتفق به

٦١١ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٣ مدني على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة . ولا يجوز له

---

(١) أما في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كان يقضي بأن دعاوى الحيازة لا تحمي إلا حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م ٧٥ ص ٤٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٥) .

بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم ، أو أن يبدل بالوضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر » .

« ٢ - ومع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق » [1]

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٩٢/١ و ٢ و ٣ - وفى التقنين المدنى الليبي م ١٠٢٦ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٨ / ١ و ٢ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٨٩ / ١ و ٢ و ٣ [2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يتضمن فى الفقرة الثانية عبارة أخيرة تجرى على الوجه الآتى : «ويصح أيضاً لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق ، إذا أثبت أن فى هذا التغيير فائدة محسوسة له دون أن يكون فيه إضرار بالعقار المرتفق به » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية السابق بيانها ، وذلك حسما للمنازعات ، ولأن فى هذه العبارة توسعة لحق الارتفاق وهو حق ثقيل يجب أن يبقى فى حدوده الضيقة . وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٠ - ص ٦٤٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٩٢ / ١ و٢و٣ :

١ - لايجوز لمالك العقار المرتفق به أن يأتى بعمل يرمى إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة . ٢ - فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن ، أو أن يحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له قديماً . ٣ - إنما إذا كان الارتفاق فى مكانه القديم قد أصبح أشد إرهاقاً لمالك العقار المرتفق به ، أو كان يمنعه من القيام باصلاحات مفيدة ، فله أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكاناً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ، ولايحق لهذا الأخير أن يرفض العرض .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا النص أن واجبات مالك العقار المرتفق به واجبات سلبية محضة . فهو ليس مكلفا بأى عمل إيجابى ، لأن حق الارتفاق سلطة مباشرة لصاحب هذا الحق على العقار المرتفق به ، يباشرها دون وساطة مالك هذا العقار ودون تدخله . وكل ما يطلب من مالك العقار المرتفق به هو الامتناع عن أى عمل يؤدى إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق ، أو جعله أكثر مشقة [1] . فاذا أخل بهذا الواجب السلبى ، وأقدم على عمل يؤدى إلى هذه النتيجة ، منع من ذلك ، وأجبر على التعويض إن كان له مقتض . وليس له بوجه خاص أن يغير بارادته وحده الموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق ، وذلك ما لم تتوافر شروط معينة بينتها الفقرة الثانية من النص سالف الذكر [2] . وقد يلتزم مالك العقار المرتفق به استثناء بأعمال إيجابية . وقد ورد مثل لها فى التزامه بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا اشترط عليه ذلك [3] ، وهناك مثل آخر سبق بيانه هو أن يلتزم بعمل إضافى يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف (م ١٠٢١ مدنى) ، ولكن يجب أن يكون هذا العمل الإيجابى فى جميع الأحوال عملا إضافيا ينزل من استعمال حق الارتفاق منزلة التابع من المتبوع ، وقد تقدم بحث ذلك [4] . فيبقى إذن مسائل ثلاث نبحثها على التعاقب : (١) امتناع مالك العقار المرتفق به من أى عمل يعوق استعمال حق الارتفاق . (٢) الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب . (٣) إمكان تغيير الموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق بشروط معينة .

= التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١٢٧٨ و٢ (مطابق) – ويوجد فى التقنين العراقى فقرة ثالثة لهذه المادة تطابق العبارة الأخيرة من المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدى من التقنين المدنى المصرى ، وهى العبارة التى حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ : أنظر آنفاً ص ١٣٨٠ هامش ١).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٨٩ و٢ و٣ (مطابق للمادة ١/٩٩٢ و٢ و٣ من التقنين السورى وهذا النص الأخير مأخوذ من النص اللبنانى) .

(١) أنظر مازو فقرة ١٧٢٢ ص ١٣٥٨ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤١ – ص ٦٤٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٥٧٢ .

٦١٢ – امتناع مالك العقار المرتفق به عن أي عمل يعوق استعمال حق الارتفاق : إذا تقرر حق ارتفاق على العقار المرتفق به أو على موضع معين منه ، فان تقرير هذا الحق لا يحرم مالك العقار المرتفق به من ملكه ، فلا يزال العقار المرتفق به وكل موضع فيه ملكا له ، يباشر عليه حقوق المالك من استعمال واستغلال وتصرف . وكل ما ترتب على حق الارتفاق أنه أوجب على مالك العقار المرتفق به إلا يمس ، في استعماله لحقوق ملكيته ، بحق الارتفاق[١] . فاذا كان الارتفاق حق مرور من موضع معين ، فان هذا الموضع يبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله أن يقيم عليه من الأبنية ما يشاء ، بشرط أن يترك مسافة كافية تسمح لصاحب حق الارتفاق بالمرور . ومن باب أولى يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يمر من هذا الموضع المعين كما يمر مالك العقار المرتفق ، بشرط ألا يعوق مرور الأول مرور الثاني . وله كذلك أن يقيم بابا على الطريق ، بشرط أن يسلم مفتاحا لهذا الباب لصاحب حق الارتفاق[٢] . وإذا كان الارتفاق حق مرعى أو حق الاغتراف من عين أو حق احتطاب الأشجار : فان المرعى والعين والأشجار تبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله هو أيضا أن يرعى مواشيه وأن يغترف المياه من العين وأن يحتطب الأشجار ، وذلك كله بشرط ألا يعوق صاحب حق الارتفاق من رعي مواشيه ومن اغتراف المياه ومن احتطاب الأشجار كما يقضي حق ارتفاقه[٣] .

فكل ما يجب إذن على مالك العقار المرتفق به هو ألا يعوق استعمال حق الارتفاق ، فلا يعمل شيئا يؤدى إلى الانتقاص من استعمال هذا الحق ، أو

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٥ وما بعدها – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٤ – ص ٨٧٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ – نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ – ١ – ١٩٤ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ١٨٩ وله بوجه عام أن يحوط ملكه (نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٤٤ J. C. P. ١٩٤٥ الطبعة الحادية عشرة فقرة ٢٩١٤) ، إلا إذا كان هذا التحويط يعوق استعمال حق المرور (نقض فرنسى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ – ٢ – ٥٥٢). وانظر في حق المالك للعقار المرتفق به في حفر أنفاق ومد مواسير تحت الطريق : نقض فرنسى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٨ – ١ – ٦٢ – ١٤ أكتوبر ١٩٦٣ داللوز ١٩٦٣ – ٥١٣ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٥ .

يؤدى إلى جعل هذا الاستعمال أكثر مشقة . وهذا الواجب يقابل واجب مالك العقار المرتفق من استعمال حقه بحيث لايجعل هذا الاستعمال أكثر مشقة على مالك العقار المرتفق به ، أو يزيد فى عبء حق الارتفاق[١] . فاذا كان الارتفاق حق مرور ، لم يجز لمالك العقار المرتفق به أن يزرع الطريق أو أن يغرس فيه من الأشجار ما يعوق المرور من الطريق ، أو يجعل المرور أكثر مشقة[٢] . وإذا كان الارتفاق حق مرعى ، لم يجز لمالك العقار المرتفق به أن يقلب الأرض أو يحولها إلى أرض للبناء أو يقيم فيها مصنعا ، بحيث تصبح غير صالحة للرعى فيها أو تجعل الرعى عسيرا[٣] . وتقدير ذلك متروك لقاضى الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كان العمل قد أدى إلى إعاقة استعمال حق الارتفاق ، أى إلى الانتقاص من هذا الاستعمال أو إلى جعله أكثر مشقة ، ناظرا فى ذلك إلى ملابسات كل قضية وإلى الوضع القائم وإلى الشروط الواردة فى سند حق الارتفاق وإلى النية المفترضة للطرفين وإلى الضرر الذى أحاق بمالك العقار المرتفق وإلى غير ذلك من الظروف[٤] .

٦١٣ – **الجزاء المترتب على إخلال مالك العقار المرتفق به بواجبه :** فاذا أخل مالك العقار المرتفق به بواجبه ، وأتى بأعمال تعوق استعمال حق الارتفاق بأن تنتقص من هذا الاستعمال أو تجعله أكثر مشقة ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض إن كان له مقتض . والتعويض لا يطالب به إلا مالك العقار نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب على التزام شخصى فى ذمته . أما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه فيطالب بها مالك العقار المرتفق به الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٥ .

(٢) متز ١٩ يناير سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨ – ٢ – ٢٠ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧ – ١ – ٢٩٣ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٤ نوفبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ – ١ – ١١٩ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ (عند الشك يفسر السند لمصلحة مالك العقار المرتفق به) – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ .

ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة . ذلك بأن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه إنما هى تكليف عينى يثقل العقار نفسه ، ويتبعه فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار . وقد قدمنا مثل ذلك فى الجزاء على مخالفة مالك العقار المرتفق لواجبه ، من عدم مجاوزة حدود حق الارتفاق ، ومن عدم إساءة استعمال هذا الحق[1] .

٦١٤ – إمكانه تغيير الموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق :

وإذا كان استعمال حق الارتفاق قد تركز فى موضع معين ، كطريق أعد لاستعمال حق المرور ، فان هذا الموضع الذى عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى فى الأصل كما هو دون تغيير . فلا يستطيع مالك العقار المرتفق به أن يغيره بارادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق ، كما لا يستطيع مالك العقار المرتفق أن يغيره بارادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق به . أما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق بتغيير الموضع الأصلى لاستعمال حق الارتفاق ، فأمر مطلق لا يرد عليه أى استثناء[2] . وأما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق به بتغيير هذا الموضع الأصلى ، فيرد عليه استثناء نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ مدنى فيما رأينا[3] .

فيجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تغيير الموضع الأصلى لاستعمال حق الارتفاق ، ولو بغير موافقة مالك العقار المرتفق ، إذا كان هذا الموضع قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من إجراء تحسينات فى العقار المرتفق به . ويكون الموضع الأصلى قد أصبح من

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٥ فى آخرها . وانظر ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٥ .

وهناك رأى يذهب إلى أن الخلف الخاص لمالك العقار المرتفق به لايكون مسئولا عن إعادة الحالة إلى ماكانت عليه ، وكل ما يجب عليه هو أن يترك مالك العقار المرتفق يفعل ذلك بنفسه ، ثم يرجع هذا الأخير بالنفقات على مالك العقار المرتفق به ذاته الذى ارتكب المخالفة (لوران ٨ فقرة ٢٧١ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ – ص ١٣٧ وهامش ٤ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٠٥ فى الهامش .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦١١ .

شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق إذا كان هذا الارتفاق مثلا ارتفاقا بالمجرى حفرت لاستعماله قناة لتوصيل المياه، ثم أصبحت هذه القناة فى موضعها الأصلى عائقة لتصريف المياه من الأرض المرتفق بها . فعندئذ يحق لمالك العقار المرتفق به أن يطلب نقل المجرى إلى مكان آخر لا يعوق تصريف المياه [1] . ويكون الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به إذا كان هذا الارتفاق مثلا ارتفاقا بالمرور ، وأراد مالك العقار المرتفق به أن يقيم أبنية مفيدة لعقاره ولكنها تسد الطريق الذى يستعمل فيه حق المرور . فعندئذ يحق له أن يطلب نقل الطريق إلى مكان آخر ، فيتمكن بذلك من إقامة الأبنية التى يريدها .

وفى جميع الأحوال لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يغير الموضع الأصلى لحق الارتفاق من تلقاء نفسه ، بل يجب عليه أولا أن يفاوض مالك العقار المرتفق فى هذا التغيير ، فان أبى رفع مالك العقار المرتفق به الأمر للقضاء ، ومحكمة الموضوع هى التى تبت فيما إذا كان للتغيير مبرر على النحو الذى قدمناه . ثم إن مالك العقار المرتفق به يجب عليه أن يقدم موضعا آخر ينتقل إليه استعمال حق الارتفاق ، ويجب أن يكون هذا الموضع الآخر يتيسر فيه هذا الاستعمال بالقدر الذى كان ميسورا به فى الموضع السابق ، وقاضى الموضوع هنا أيضا هو الذى يبت فى ذلك [2] . ويصح أن يكون هذا الموضع الآخر فى العقار المرتفق به نفسه ، أو فى عقار آخر مملوك لصاحب العقار المرتفق به نفسه ، أو مملوك لأجنبى بشرط أن يوافق الأجنبى على ذلك . وفى جميع هذه الأحوال لا يحق لمالك العقار المرتفق أن يرفض تغيير الموضع الأصلى ، مادام قد ثبت أن هذا الموضع الأصلى من شأنه أن يلحق ضررا بالعقار المرتفق به أو أن يمنع عنه فائدة بحيلولته دون إجراء تحسينات فى هذا العقار ، وما دام قد ثبت أن الموضع الجديد لا يلحق

---

(١) انظر فى جواز تغيير الموضع الأصلى للطريق الذى يباشر عليه حق المرور إذا منع هذا الطريق فى حالته الأصلية مالك العقار المرتفق به من أن يحوط ملكه . محكمة إكس ٩ مايو سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٥٩٠ .

(٢) فيجب إذن ألا يلحق تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق أى ضرر بمالك العقار المرتفق (نقض فرنسى ٩١ أبريل سنة ١٩٤٢ داللوز ١٩٤٢ – ١ – ٢١٢) . وينظر فى وجود الضرر ، لا إلى الوقت الذى أنشىء فيه حق الارتفاق ، بل إلى الوقت الذى يتم فيه تغيير الموضع الأصلى (ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٩ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨) .

أى ضرر بمالك العقار المرتفق بل يبقى استعمال حق الارتفاق ميسورا كما كان من قبل (١) .

وتكاليف نقل استعمال حق الارتفاق إلى موضع آخر يتحملها مالك العقار المرتفق به ، إذ أن هذا النقل قد تم تحقيقا لمصلحته (٢) . ولا يستحق مالك العقار المرتفق أى تعويض عن هذا النقل ، لأن المفروض أنه لم يصبه من جرائه أى ضرر (٣) .

ويستوى ، فى جواز تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق بالشروط المتقدم بيانها ، أن يكون سبب الارتفاق التصرف القانونى (العقد أو الوصية) أو تخصيص المالك الأصلى أو التقادم ، كما يستوى أن يكون الموضع الأصلى قد تعين بالارتفاق أو بموجب حكم قضائى (٤) .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦) . وإذا جاز تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق ، فانه يجوز كذلك ، ومن باب أولى ، تغيير موضع أى ارتفاق تبعى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه يجب فى حق الارتفاق التبعى أن يكون ضرورياً للانتفاع بحق الارتفاق الأصلى ، وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع . وإذا كانت المادة ١٠٢٣ مدنى التى قننت ماكان مقرراً فى ظل القانون المدنى القديم قد أجازت ، فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفاق إلى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق ، فانه يتأدى من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأصلى فى الأحوال المبينة بالمادة ١٠٢٣ مدنى سالفة الذكر ، ومن باب أولى جواز تعديل حق الارتفاق التبعى فى تلك الأحوال كذلك (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(٢) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢ - ١ - ٣١١ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ - ١ - ٤٠٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٩ - ١ - ١٢٨ - ١٩ يونيه سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣ - ١ - ٢٨٨ - ٣٠ فبراير سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٤ - ١ - ٣٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٨ - ١ - ٥١٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٣١٧ ص ٣٦٣ .

ولما كان طلب تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق رخصة لمالك العقار المرتفق به ، فان حقه فى هذا الطلب لا يسقط بالتقادم ، أى حتى لو مضى على استعمال حق الارتفاق فى موضعه الأصلى خمس عشرة سنة أو أكثر ، لأن الرخص لا تسقط بالتقادم[١] . وتبقى لمالك العقار المرتفق به هذه الرخصة ، حتى لو كان قد نزل عنها من قبل[٢] .

§ ٢ - الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق به

٦١٥ - دعوى إنكار حق الارتفاق : وكما أن لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هى دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confe de servitude) يطلب فيها الإقرار بحق ارتفاقه على العقار المرتفق به[٣] ، كذلك لمالك العقار الذى يدعى الغير أن له عليه حق ارتفاق دعوى عينية هى دعوى إنكار حق الارتفاق (action négatoire de servitude) يطلب فيها الحكم بأن عقاره خال من هذا التكليف[٤] .

ويكفى فى دعوى إنكار حق الارتفاق أن يثبت المدعى مالك العقار ملكيته للعقار ، وليس عليه أن يثبت أن هذا العقار خال من حق الارتفاق . ذلك بأن المفروض أن الملكية خالية من أى تكليف يثقلها ، ما لم يثبت من يدعى وجود تكليف معين كحق ارتفاق أو حق رهن وجود هذا التكليف . فيجب إذن على من يدعى أن له حق ارتفاق ، ولو أنه هو المدعى عليه فى دعوى إنكار حق الارتفاق ، أن يثبت هو وجود هذا الحق باثبات سبب من أسباب كسبه (التصرف القانونى أو تخصيص المالك الأصلى أو التقادم) ، ما دام صاحب

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٩ وهامش ١٢ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٢) ويعتبر امتناع مالك العقار المرتفق عن الموافقة على تغيير مكان الارتفاق ، حتى لو نزل عن هذه الرخصة من قبل ، وحتى بعد انقضاء مدة التقادم ، تعسفاً من هذا المالك فى استعمال حقه ، مادام لايلحقه من هذا التغيير أى ضرر ، ومادام التغيير يحقق مصلحة لمالك العقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٢١٧ ص ٢٦٤) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٧ .

(٤) نقض فرنسى ٢٣ يونية سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٠ - ١ - ٢٨٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ .

العقار وهو المدعى قد أثبت ملكيته لهذا العقار (١) . فيقع عبء إثبات حق الارتفاق على من يدعى وجوده ، حتى لو كان قد قضى له بحيازة هذا الحق فى دعوى من دعاوى الحيازة فرفع مالك العقار دعوى إنكار حق الارتفاق (٢).

ويجوز أيضا رفع دعوى إنكار حق الارتفاق ، لا فحسب للمطالبة بالحكم بأن العقار خال من حق الارتفاق أصلا ، بل أيضا للمطالبة بانتقاص حق الارتفاق وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية مع التسليم بأن الحق ذاته موجود . وهنا أيضا يقع على صاحب حق الارتفاق عبء إثبات الحدود الحقيقية لهذا الحق ، ولا يكلف صاحب العقار المرتفق به إلا باثبات ملكيته لهذا العقار ، ويلتزم بما سلم به من حدود أقر بها لحق الارتفاق (٣) .

٦١٦ – دعاوى الحيازة : والحائز للعقار يستطيع أيضا أن يرفع دعاوى الحيازة متى توافرت شروطها ، فيحمى بها حيازته للعقار ممن يدعى أن له حق ارتفاق عليه . فاذا رفع الحائز للعقار دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة أو دعوى استرداد الحيازة ، قضى له بمنع التعرض ممن يدعى أن له حق ارتفاق ، أو بوقف الأعمال الجديدة التى يقوم بها من يدعى أن له حق ارتفاق ، أو برد حيازة ما انتزعه مدعى حق الارتفاق من حيازة للموضع الذى يستعمل فيه ما يدعيه من حق الارتفاق (٤) . وفى

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩ وهامش ٤٣ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ فقرة ١١٤٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩ – ص ٥٤٠ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٧ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ – مارتى ورينو فقرة ١٦٧ .

وهناك رأى آخر يذهب إلى أن المدعى فى دعوى إنكار حق الارتفاق هو الذى يحمل عبء إثبات أن حق الارتفاق المدعى به لا يوجد ، ولكن الرأى الأول هو الرأى الراجح (أنظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ١١٤٧) . وانظر رأيا فى الفقه المصرى يميز بين ما إذا كان المدعى عليه يحوز حق الارتفاق فتكون الحيازة قرينة على ثبوت حق الارتفاق له ويقع عبء إثبات نفى ذلك على المدعى ، وبين ما إذا كان المدعى عليه لا يحوز حق الارتفاق فيكفى أن يثبت المدعى ملكيته ويكون عبء إثبات وجود حق الارتفاق على المدعى عليه : عبد المنعم البدراوى فقرة ٣١٩ ص ٣٦٦ – ص ٣٦٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٤٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ – مارتى ورينو فقرة ١٦٧ .

جميع دعاوى الحيازة هذه لا يكلف الحائز إلا باثبات حيازته وبتوافر شروط دعوى الحيازة التي رفعها ، وعلى من يدعي وجود حق ارتفاق على العقار ، يستعمله فعلا فيتعرض لحيازة المدعي أو ينتزع منه الحيازة ، أن يثبت وجود هذا الحق ، وإلا خسر الدعوى وقضى لصالح حائز العقار ، وبذلك يمتنع على مدعى حق الارتفاق أن يكسب هذا الحق بالتقادم [١] .

ولكن يجوز لمدعي حق الارتفاق أن يكتفي باثبات حيازته لهذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة ، فيقضي له بحيازة الحق . وفي هذه الحالة لا يكون أمام مالك العقار إلا أن يرفع دعوى إنكار حق الارتفاق على من قضى له بحيازة هذا الحق ، حتى يقضي له هو بأن عقاره خال من حق الارتفاق . ولا يكلف مالك العقار ، هنا أيضا ، إلا باثبات ملكيته لهذا العقار ، فيفترض أن العقار خال من حق الارتفاق ، إلى أن يثبت مدعي هذا الحق وجود حقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [٢] .

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق

٦١٧ – بيان هذه الأسباب : سبق أن ذكرنا أنه إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، فاذا كان الارتفاق لا يفيد إلا جزءا من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى (م ١٠٢٤ مدنى) . فهذا سبب من أسباب انتهاء حق الارتفاق سبق أن بسطناه [٣] ، فلا نعود إليه . وقدمنا كذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ، فاذا كان الارتفاق لا يستعمل على بعض هذه الأجزاء فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه (م ١٠٢٥ مدنى) . وهذا سبب آخر من أسباب انتهاء حق الارتفاق ، نكتفي بما سبق أن بسطناه في شأنه [٤] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦١٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٤ .

وقد ذكر التقنين المدنى ، إلى جانب هذين السببين ، أسبابا أخرى لانتهاء حق الارتفاق هى : (١) انقضاء الأجل . (٢) هلاك أحد العقارين . (٣) اتحاد الذمة . (٤) عدم الاستعمال (التقادم المسقط) . (٥) استحالة استعمال الحق . (٦) انعدام الفائدة من الحق .

ولم يذكر التقنين المدنى سببين آخرين ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة فى شأنهما ، وهما : (١) تحقق الشرط الفاسخ ، ويتصل به أى فسخ للملكية صاحب العقار المرتفق به . (٢) نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه[1] .

فهذه أسباب ثمانية نبحثها على التعاقب .

٦١٨ - انقضاء الأجل - نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٦ مدنى على ما يأتى :

« تنتهى حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما ، وباجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضى فان حق الارتفاق يعود »[2] .

---

(١) ولا ينتهى حق الارتفاق ، كما ينتهى حق الانتفاع ، بسوء الاستعمال ، إذ ورد فى جواز انتهاء حق الانتفاع بسوء الاستعمال نص خاص (م ٢/٩٨٨ مدنى - وانظر آنفاً فقرة ٥١٤) ، ولم يرد نص مقابل فى شأن حق الارتفاق . فاذا أساء صاحب حق الارتفاق استعمال حقه ، طبقت القواعد العامة وأجبر على الكف عن ذلك مع التعويض إذا كان له محل (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٧٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٧ - ص ٦٤٨) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٩٣/١و٢ :

١ - يسقط الارتفاق بالترقين . ٢ - ويتم الترقين بمفعول العقود أو الأحكام .

(والقانون السورى أدخل نظام السجل العينى ، ومن ثم يسقط حق الارتفاق بشطبه من السجل العينى ، ويكون ذلك بناء على اتفاق أو حكم)

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٩٠ (تطابق المادة ٩٩٣ سورى . وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى بانقضاء الأجل المعين لانقضائه . وقد قدمنا أن حق الارتفاق يجوز أن يقترن بأجل فاسخ أو بأجل واقف (١) . فيجوز الاتفاق إذن ، أو النص فى الوصية التى أنشأت حق الارتفاق ، على أن هذا الحق يدوم مدة معينة وينتهى بانقضائها . وهذا أمر نادر ، ويقع عادة إذا رتب حق الارتفاق لفائدة عقار لا يدوم إلا مدة معينة ، كبناء يقيمه المستأجر فى العين المؤجرة (٢) .

أما الأصل فى حق الارتفاق فهو أن يكون دائما كحق الملكية (٣) ، ولكن الدوام من طبيعته، بخلاف حق الملكية فالدوام من جوهره . ومعنى ذلك أنه ما لم يوقت حق الارتفاق بأجل ، فهو دائم دون حاجة إلى النص على دوامه (٤) . أما حق الملكية فهو دائم أبدا ، ولا يجوز النص على توقيته (٥) .

٦١٩ – هلاك أحد العقارين : وتنص المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا (٦) ، على أن حق الارتفاق ينتهى « بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما » .

فاذا هلك العقار المرتفق به هلاكا تاما (٧) ، بأن كان بناء فانهدم أو احترق ولم يجدد ، فان حق الارتفاق ينتهى بزوال المحل . فاذا جدد البناء ، عاد حق الارتفاق ، ما لم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال كما سنرى فى حالة

---

(١) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لنهاية هذا الحق أجلا ينتهى عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ ، أو يضرب لبدايته أجلا لاينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف (أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨١ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٢ .

(٥) آنفاً فقرة ٥٥٠ .

(٦) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٧) أما إذا كان الهلاك جزئياً ، فان حق الارتفاق يبقى قائماً فيما يتعلق بالجزء الباقى بالقدر الذى يمكن به استعماله . ويرجع ذلك إلى أن حق الارتفاق لا يتجزأ ، فيتحمل به كل جزء من أجزاء العقار المرتفق به ، فاذا هلك جزء منها بقى على الأجزاء الباقية (أنظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٣ هامش ٨) .

استحالة استعمال حق الارتفاق[1] . وكالهلاك نزع ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة ، فينتهى حق الارتفاق المترتب عليه ، ولكن صاحب حق الارتفاق يتقاضى تعويضا عن حق ارتفاقه .

وكذلك ينتهى حق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق هلاكا تاما ، على النحو الذى قدمناه فى هلاك العقار المرتفق به[2] . ذلك بأن حق الارتفاق يفترض وجود عقارين ، عقارا مرتفقا به وعقارا مرتفقا ، فاذا هلك أحدهما انتهى حق الارتفاق . ونزع ملكية العقار المرتفق للمنفعة العامة يعتبر فى حكم هلاكه ، فينتهى حق الارتفاق ، بعد أن يكون قد دخل عنصرا من عناصر العقار عند تقدير التعويض .

٦٢٠ - اتحاد الذمة : وتنص المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا[3] ، على أن حق الارتفاق ينتهى « باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضى فان حق الارتفاق يعود » . فاجتماع العقارين فى يد مالك واحد يفقد حق الارتفاق قوامه ، فقد قدمنا أنه يجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذى يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد (Nemini res sua servit)[4] . فاذا ملك صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، أو ملك صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق ، أصبح العقاران مملوكين لشخص واحد ، وانتهى حق الارتفاق باتحاد الذمة . ذلك بأن مالك العقار المرتفق وهو صاحب حق الارتفاق أصبح هو الذى عليه أيضا حق الارتفاق بتملكه للعقار المرتفق به فاتحدت الذمة ، وكذلك مالك العقار المرتفق به وهو الذى عليه حق الارتفاق أصبح هو أيضا صاحب حق الارتفاق بتملكه

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٦٢٢ .

(٢) ويعود حق الارتفاق إذا أعيد بناء العقار المرتفق (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢) .

(٣) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٤) آنفاً فقرة ٥٤٩ - وانظر نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ - ١ - ١٧٥ .

للعقار المرتفق فاتحدت الذمة كذلك . وتتحد الذمة أيضا إذا ملك أجنبي كلا من العقار المرتفق و العقار المرتفق به في وقت واحد ، إذ يصبح باعتباره مالك العقار المرتفق هو صاحب حق الارتفاق ، وباعتباره مالك العقار المرتفق به هو الذى عليه حق الارتفاق ، فتتحد الذمة بذلك [١] .

واجتماع العقارين في يد مالك واحد على الوجه الذى قدمناه يتم بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، كالميراث [٢] . والوصية والعقد والشفعة والتقادم . ويصح أيضا أن يتم عن طريق تخلى (abandon) صاحب العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من التزام عيني ، كالالتزام بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا وجد شرط يقضى بتحميله هذا الالتزام [٣] . فعند ذلك تنتقل ملكية العقار المرتفق به إلى صاحب العقار المرتفق بمجرد هذا التخلى ، وتتحد الذمة في هذا الأخير ، فينتهى حق الارتفاق.

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا [٤] ، ما يأتى : « إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضى فان حق الارتفاق يعود » . ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) زوال حالة الاجتماع بأثر رجعى ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فاتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم فسخ البيع أو انفسخ بأثر رجعى . فهنا يعتبر البيع كأن لم يكن ، وكذلك يعتبر اتحاد الذمة المترتب على البيع كأن لم يكن تبعا للبيع ، فيعود حق الارتفاق إلى ما كان عليه [٥] . (الفرض الثانى) ، زوال حالة الاجتماع دون أثر رجعى ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فاتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به الذى سبق أن اشتراه. فهنا يبقى أثر البيع الأول لأنه لم يزل بأثر رجعى ، ويبقى ما ترتب عليه من

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٥٣ .

(٢) أنظر في اتحاد الذمة بالميراث بودرى وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ – ص ٨٨٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ . وانظر توبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ .

اتحاد الذمة وانتهاء حق الارتفاق ، فلا يعود حق الارتفاق بعد أن انتهى [١] .

٦٢١ - **عدم الاستعمال أو التقادم المسقط - نص قانوني** : تنص المادة ١٠٢٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - » تنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فان كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة . وكما يسقط التقادم حق الارتفاق . يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل في الكيفية التى يستعمل بها » .

« ٢ - » وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع . فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين . كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم » [٢] .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، أو مدة ثلاث وثلاثين سنة إن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة . وعدم الاستعمال (non-ussge) هذا معناه التقادم المسقط . وسمى بعدم الاستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ،

(١) ولكن قد ينشأ مع ذلك حق ارتفاق جديد بتخصيص المالك الأصلى ، إذا أبقى مالك العقار المرتفق بعد شراء العقار المرتفق به الوضع المادى الذى كان عليه العقاران بشرط أن تكون هناك علامة ظاهرة تنم عن هذا الوضع ، فتتوافر بذلك شروط نشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى إذا أعيد الفصل ما بين العقارين ، بأن باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به بعد شرائه (آنفاً فقرة ٥٨٧ - وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ ص ٩٨١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٩ - ص ٦٥١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٣ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

فاذا كان يسقط الحقوق الشخصية فانه يسمى بالتقادم المسقط (prescription extinctive) . وعلى ذلك إذا بقى صاحب حق الارتفاق لا يستعمل حقه طول هذه المدة ، فان الحق يسقط بعدم الاستعمال . ويستوى أن يكون عدم الاستعمال اختياريا أو إجباريا ، فاذا منع من استعمال الحق قوة قاهرة كما إذا نضب معين العين التى تغترف منها المياه ، أو حال صاحب العقار المرتفق به أو الغير دون استعمال الحق ، فان مدة التقادم تستمر مع ذلك فى السريان . ويستطيع صاحب حق الارتفاق أن يقطع المدة فى هذه الحالة ، بأن يحصل من صاحب العقار المرتفق به على إقرار بحقه وديا أو قضائيا[1] . وكل حق ارتفاق ، مستمرا كان أو غير مستمر ، ظاهرا أو غير ظاهر ، إيجابيا أو سلبيا ، يسقط بعدم الاستعمال[2] . والمدة المقررة لسقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال هى ، كما قدمنا ، خمس عشرة سنة[3] ، فان كان حق الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة وقفا خيريا فالمدة ثلاث وثلاثون سنة وذلك رعاية لجانب الوقف[4]

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٥٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦.

(٢) أما حق الملكية فلا يسقط بعدم الاستعمال ، ولذلك يدق فى بعض الأحوال معرفة ما إذا كنا أمام حق ارتفاق فيسقط بعدم الاستعمال أو أمام حق ملكية مفرزة أو شائعة فلا يسقط بعدم الاستعمال (بودرى وشوفو فقرة ١١٥٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٥) .

(٣) أنظر نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٢ .

(٤) أما إذا كان حق الارتفاق مترتباً على أرض موقوفة فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، فانه يزول بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة إذا كان العقار المرتفق عيناً غير موقوفة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠) – وقد يكسب شخص بالتقادم القصير ، أى بخمس سنوات ، ملكية عقار قد ترتب عليه حق ارتفاق . فكسبه لملكية العقار لا يترتب عليه سقوط حق الارتفاق بالتقادم ، لأن حق الارتفاق لا يسقط بالتقادم إلا إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وهنا لم يستعمل حق الارتفاق إلا خمس سنوات فقط وهى مدة التقادم القصير التى كسبت به ملكية العقار . وعلى ذلك يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير ، ولكن العقار يبقى محملا بحق الارتفاق إلى أن ينتهى هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (أنظر آنفاً فقرة ٤١٥ فى الهامش – وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٨ وهامش ٢٣ – بودرى وشوفو فقرة ١١٦٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٤) .

ويبدأ سريان مدة التقادم ، فى الارتفاق غير المستمر ، منذ آخر عمل انقطع بعده صاحب حق الارتفاق عن استعمال حقه [١] . أما فى الارتفاق المستمر ، ويدخل فى ذلك الارتفاق السلبي ، فيبدأ السريان من يوم الاتيان بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق [٢] . فاذا كان الارتفاق مطلا ، بدأ سريان المدة من الوقت الذى يبنى فيه صاحب العقار المرتفق به حائطا يسد النافذة ، أو كان ارتفاقا بعدم البناء من الوقت الذى يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به باقامة بناء فى عقاره [٣] . وليس يلزم أن الذى يقوم بالعمل الإيجابى المتعارض مع حق الارتفاق هو صاحب العقار المرتفق به نفسه ، فقد يقوم به الغير ، وقد يقع بقوة قاهرة [٤] .

وينقطع التقادم ، ويوقف سريانه ، بنفس الأسباب المقررة فى انقطاع التقادم المسقط ووقف سريانه [٥] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٧ مدنى سالفة الذكر على أنه « إذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم » . فاذا كان العقار

---

(١) نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ٦٢ - ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق عبء إثبات آخر عمل انقطع بعده عن استعمال حقه ، حتى إذا كانت مدة التقادم لم تتم منذ هذا العمل لم يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال (نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٧ وهامش ٢١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ وما بعدها بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨٣ .

(٣) ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به عبء إثبات القيام بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق فتسرى من وقت هذا العمل مدة التقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣ ص ٨٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧) .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ .

(٥) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .

المرتفق شائعا بين شركاء متعددين . فان بقاء أحد هؤلاء الشركاء دون الباقين منتفعا بحق الارتفاق لا يجعل المدة تسرى فى حقه بداهة . ويمنع فى الوقت ذاته سريان المدة بالنسبة إلى الباقين . كذلك قطع أحد شركاء التقادم يفيد الباقين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا ، كما يقع ذلك فيما بين المدنيين المتضامنين (١) . وإذا كان بين الشركاء قاصر ليس له نائب ، فان التقادم يوقف بالنسبة إليه ، وكذلك يوقف بالنسبة إلى الآخرين ، كما يقع ذلك أيضا فيما بين المدنيين المتضامنين (٢) . وينتفع سائر الشركاء بانقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحدهم طول المدة التى يبقى فيها الشيوع قائما . فاذا حصلت القسمة بين الشركاء ، فان كان العقار قد وقع فى نصيب نفس الشريك الذى انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه ، بقى بداهة منتفعا بانقطاع التقادم أو وقفه . أما إذا وقع العقار فى نصيب شريك غيره ، فالأثر الرجعى للقسمة كان يقتضى القول بأن الشريك الذى انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه أصبح أجنبيا عن العقار ، فيعتبر انقطاع التقادم أو وقفه كأن لم يكن ، ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع أو وقف بالنسبة إلى الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار . وعلى هذا الوجه قضت محكمة النقض الفرنسية (٣) . ولكن الفقه الفرنسى يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن انقطاع التقادم أو وقفه يصبح نهائيا بالنسبة إلى سائر الشركاء أيا كانت نتيجة القسمة ، ولا يعتد بالأثر الرجعى . وهذا هو الرأى الذى يتمشى مع اطلاق النص ، سواء فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٧٠٩–٧١٠) ، أو فى التقنين المدنى المصرى (م ١٠٢٧ / ٢)(٤) .

فاذا اكتملت مدة التقادم ، سقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال . ولا يمنع من سقوطه أن يعود صاحب العقار المرتفق إلى استعمال حق الارتفاق بعد اكتمال

---

(١) نقض فرنسى ١٢ يوليه سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ – ١ – ٤٦٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠ .

(٣) نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٤٥ داللوز ٤٦ – ١ – ٢١ – ٢٩ أغسطس سنة ١٨٥٣ سيريه ٥٣ – ١ – ٧٠٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ – ص ٩٨٤ .

مدة التقادم . إلا إذا لم يعترض صاحب العقار المرتفق به على ذلك وفسر عدم اعتراضه على أنه نزول منه عن حقه فى التمسك بالتقادم [١] .

وقد رأينا أن آخر الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٧ مدنى سالفة الذكر يقول : « وكما يسقط التقادم حق الارتفاق . يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها » . فقد يعمد صاحب حق الارتفاق إلى استعمال حقه استعمالا جزئيا . ويبقى كذلك خمس عشرة سنة . أو ثلاثا وثلاثين سنة بالنسبة إلى الوقف ؛ فلا يسقط حق الارتفاق سقوطا كليا بعدم الاستعمال ؛ وإنما ينتقص إلى القدر الذى استعمل . ولكن إذا كان حق الارتفاق غير مستمر ، وجب التمييز بين فرضين : (١) أن يكون صاحب حق الإرتفاق قد استعمله استعمالا جزئيا وفقا لحاجاته دون أن يعوقه عن الاستعمال الكلى عائق . كما إذا كان الارتفاق حق مرور مشيا على الأقدام أو ركوبا فظل صاحبه يمر مشيا مدة خمس عشرة سنة دون أن تقتضيه الحاجة أن يمر ركوبا . فى هذا الفرض يعتبر هذا الاستعمال الجزئى بمثابة الاستعمال الكلى إذا لم يقم عائق دون الاستعمال الكلى ولكن صاحب حق الارتفاق لم يحتج إلى هذا الاستعمال ؛ فيبقى حق الارتفاق كما هو دون أن ينتقص . (٢) أن يكون قد قام عائق مادى دون الاستعمال الكلى . كأن يكون الطريق قد جعل غير صالح للمرور ركوبا فاضطر صاحب حق المرور أن يمر مشيا على الأقدام مدة خمس عشرة سنة . وفى هذا الفرض ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئى ، ويصبح مقصورا على المرور مشيا على الأقدام دون المرور ركوبا [٢] . وكما ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئى عن طريق التقادم المسقط ، يجوز كذلك أن يتسع بالإفراط فى الاستعمال عن طريق التقادم المكسب . فاذا كان صاحب حق المرور مشيا على الأقدام قد استعمل الطريق للمرور ركوبا مدة خمس عشرة سنة ؛ فان حق ارتفاقه يكون قد اتسع على هذا الوجه ، فيصبح حق ارتفاق بالمرور مشيا على الأقدام وركوبا

---

(١) نقض فرنسى ٧ يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ – ١ – ٢٨٥ – ٢٣ يوليه سنة ١٨٦٠ سيريه ٦١ – ١ – ٥٢٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٢ ص ٩٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٥ ص ٩٩٧ .

فى وقت واحد [١] . وإذا كان قد تعود المرور من طريق آخر غير الطريق الذى خصص له فى الأصل ، وظل يمر من هذا الطريق الآخر مدة خمس عشرة سنة . فان كيفية استعمال حق الارتفاق يكون قد تعدل بالتقادم على هذا الوجه ، وأصبح الطريق الآخر هو الذى يستعمل فيه حق المرور دون الطريق الأصلى [٢] .

٦٢٢ - استحالة استعمال حق الارتفاق - نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ - ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق » .

« ٢ - ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » [٣] .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد تعديل حال الأمكنة أو طبيعة الأعمال المعدة لضمان استعمال الارتفاق لا يترتب عليه قانوناً زوال حق الارتفاق ، إذا كان ذلك لم يتناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يتعدها إلى الحق نفسه (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٣) . وانظر فى ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥١ - ص ٩٥٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣/٩٩٣ : ويحق للقاضى أن يأمر بالترقين إذا كان الارتفاق غير مجد ، أو غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٣ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٩٠ (مطابق نص المادة ٣/٩٩٣ سورى ، وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصبح استعماله مستحيلا. وتنجم الاستحالة من تغير فى وضع الأشياء ، سواء كان التغير حادثا فى العقار المرتفق به أو فى العقار المرتفق [١] . فاذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمطل مثلا ، وهدم المنزل المرتفق فانهدمت بهدمه النافذة التى كانت تطل على العقار المرتفق به ، فان حق الارتفاق ينتهى لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث فى العقار المرتفق [٢] . وإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور ، ثم انحبس العقار المرتفق به فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام ، فان حق الارتفاق ينتهى كذلك لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث فى العقار المرتفق به [٣] . والتعبير « بانتهاء حق الارتفاق » « وبعودته إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق » ، ليس بالتعبير الدقيق . والصحيح أن حق الارتفاق لا ينتهى باستحالة استعماله ، بل يوقف استعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة . فاذا ما زالت عاد استعماله إلى ما كان عليه ، ولكن حق الارتفاق نفسه يستمر باقيا ، فهو لم يزل حتى يقال إنه يعود [٤] . وفى التقنين المدنى الفرنسى تطبيق واضح لذلك ، فقد نصت المادة ٦٦٥ من هذا التقنين على أنه « إذا أعيد بناء حائط مشترك أو منزل ، فان الارتفاقات التى كانت للحائط المشترك أو للمنزل ، أو كانت عليه ، تستمر بالنسبة إلى الحائط أو المنزل الجديد ، على ألا تكون أكثر مشقة ، وعلى أن تتم إعادة البناء قبل أن تكتمل مدة التقادم » .

ويجب أن تكون استحالة استعمال حق الارتفاق استحالة تامة ، ولا يكفى

---

(١) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ - ١ - ٢٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت من الأوراق أن منزل الطاعن ، الذى كان مقرراً لصالحه حق ارتفاق بالمطل ، قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لا يحتوى على مطلات أو مناور ، وأصبح فى حالة لا يمكن معها استعمال حق المطل ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس زوال ذلك الحق ، فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ .

(٤) أنظر استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ - نقض فرنسى ١٧ نوفبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

أن يصبح الارتفاق أكثر مشقة [١] . ويستوى أن ترجع الاستحالة إلى قوة قاهرة ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق به ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق ، أو إلى فعل أجنبي [٢] . ويعود حق الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، كما سبق القول . وليس من الضرورى أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلى تماما ، بل يكفى أن ترجع إلى وضع تمكن معه العودة إلى استعمال حق الارتفاق دون أن يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة [٣] .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٨ مدنى سالفة الذكر : « ويعود (حق الارتفاق) ... إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » . فاذا بقى استعمال حق الارتفاق مستحيلا مدة خمس عشرة سنة ، أو مدة ثلاث وثلاثين بالنسبة إلى الوقف ، فانه لا يعود ، حتى لو عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله . ذلك بأن حق الارتفاق فى هذه الحالة يكون قد انتهى ، ولكن ليس بسبب استحالة استعماله ، ولكن بسبب عدم الاستعمال [٤] . وهناك رأى يذهب إلى أن استحالة الاستعمال تكون سببا لوقف التقادم ، ومن ثم يجب ألا يستعمل حق الارتفاق خمس عشرة سنة ، أو ثلاثا وثلاثين سنة ، دون أن تحسب المدة التى استحال فيها استعماله ، حتى يسقط الحق بعدم الاستعمال . وهذا هو الرأى الذى أخذت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت : « فان عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى ... عاد حق الارتفاق ، إلا أن يكون قد مضى على عدم استعماله المدة التى يسقط بها ، ولا يحسب فى هذه المدة الوقت الذى تعذر فيه استعمال (الحق) » [٥] . ولكن الرأى الراجح هو عكس ذلك ،

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٠ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٣ .

(٢) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٦٥ – فقرة ٩٦٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

(٣) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ – ١ – ٢٤٠ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤١ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ – ص ٩٧٥ .

(٤) إسماعيل غانم ص ٤٢ – وقد ينجم استحالة استعمال حق الارتفاق من هلاك الشىء ، وعند ذلك ينتهى حق الارتفاق بالهلاك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٢) .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ – وانظر فى هذا المعنى Toullier ٣ فقرة ٦٩٠ ماركاديه المادة ٧٠٣ والمادة ٧٠٤ Toulier – ٢ ص ٤٦٢ – Solon ص ٥٠٥ .

فتحسب المدة التي استحال فيها استعمال حق الارتفاق في سقوط هذا الحق بعدم الاستعمال [١] .

٦٢٣ – انعدام الفائدة من حق الارتفاق – نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٩ مدني على ما يأتي :

« لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لاتتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » [٢] .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق ، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البته مع العبء الذي يلقيه على العقار المرتفق به . مثل ذلك أن يكون الارتفاق حق شرب ، واستطاع مالك العقار المرتفق أن يحفر بئرا إرتوازية في أرضه تغنيه ، هي وموارد المياه الأخرى التي عنده دون نظر لحق الشرب ، عن هذا الحق الأخير ، أو في القليل تجعل حق الشرب فائدته محدودة لاتتناسب البتة مع العبء الذي يتحمله العقار المرتفق به من جراء حق الشرب . في هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق ، ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق . فقد وازن القانون بين مصلحتين ، مصلحة صاحب

(١) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٧٩ – ديرانتون ٥ فقرة ٦٥٥ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٢ هامش ٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣ – ص ٦٥٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٩٩٣ : ويحق للقاضي أن يأمر بالترقين إذا كان لارتفاق غير مجد ، أو كان غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٩٠ (مطابق لنص م ٣/٩٩٣ من التقنين السوري ، وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

العقار المرتفق فى بقاء الارتفاق وقد انعدمت أو أصبحت منفعة محدودة ، ومصلحة صاحب العقار المرتفق به فى زوال الارتفاق وقد أصبحت هى المصلحة الراجحة إذ تفوق كثيرا مصلحة صاحب العقار المرتفق فى بقاء الارتفاق ولما كانت حقوق الارتفاق تلقى أعباء ثقيلة على العقارات المرتفق بها ، فقد آثر القانون تحرير العقار المرتفق به من حق الارتفاق فى الحالة التى نحن بصددها ولو اقتضى الأمر أن يدفع مالك العقار المرتفق به تعويضا مناسبا لمالك العقار المرتفق فى مقابل زوال حقه دون رضائه . فهذا ضرب من استرداد (rachat) حق الارتفاق ، يتم دون رضاء صاحب الحق ، لقيام مصلحة تبرر ذلك . أما إذا انعدمت كل فائدة لحق الارتفاق ، فان مالك العقار المرتفق به يستطيع أن يتحرر منه دون دفع أى تعويض ، إذ لم يصب مالك العقار المرتفق ضرر من زوال حق الارتفاق حتى يطلب التعويض عنه .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ، عند اختلاف الطرفين ، ما إذا كان حق الارتفاق قد فقد كل منفعة أو أصبحت منفعته محدودة ، فيقضى بتحرير العقار المرتفق به من هذا الحق ، ويقدر أيضا التعويض المستحق لمالك العقار المرتفق إن كان للتعويض محل [1] .

٦٢٤ — تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به :

وقد يكون حق الارتفاق معلقا على شرط فاسخ ، فان حق الارتفاق يجوز تعليقه على الشرط كما يجوز اقترانه بالأجل . وهنا يجب تطبيق القواعد العامة ، فاذا تحقق الشرط الفاسخ ، زال حق الارتفاق . ولكن لا يكون لزواله أثر رجعى ، فان طبائع الأشياء تأبى أن تمحى المدة التى بقى فيها حق الارتفاق قائما قبل تحقق الشرط الفاسخ واعتبار هذه المدة كأن لم تكن [2] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا النص : «وينتهى حق الارتفاق أخيراً إذا لم تصبح له فائدة ، أو أصبحت فائدته محدودة لاتتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، كما إذا كان الارتفاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر . فيجوز لصاحب العقار المرتفق به ، فى هذه الحالة ، أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويضاً مناسباً إذا كان هناك محل لذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ — بودرى وشوفو فقرة ١١٧٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ .

وإذا فسخت ملكية من أنشأ حق الارتفاق للعقار المرتفق به بسبب من أسباب الفسخ . فهنا أيضا يجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن من أنشأ حق الارتفاق يعتبر غير مالك للعقار المرتفق به بأثر رجعى ، ويتبين أنه كان لا يملك ترتيب حق ارتفاق على عقار لم يكن يوما ما ملكا له . ومن ثم يزول حق الارتفاق ، بزوال ملكية العقار المرتفق به (١) .

ولكن فسخ ملكية صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق لا يزيل حق الارتفاق (٢) ، لأن اشتراط المالك حق ارتفاق لفائدة عقاره يعتبر من أعمال الإدارة الحسنة التى لا تزول بفسخ ملكية هذا المالك ، ومن ثم يبقى حق الارتفاق هذا تابعا للعقار ، فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار بعد الفسخ .

٦٢٥ – *نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه* : وقد ينزل صاحب حق الارتفاق عن حقه بارادته المنفردة ، فينتهى هذا الحق بالنزول عنه .

والنزول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا . فاذا كان ضمنيا ، وجب استخلاصه من وقائع ثابتة يفهم منها حتما معنى النزول . فيعتبر نزولا ضمنيا أن يشهد صاحب حق الارتفاق على عقد بيع واقع على العقار المرتفق به ، وقد ورد فى شروط البيع أن العقار المبيع خال من أى حق ارتفاق . وذلك دون أن يتحفظ صاحب حق الارتفاق . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع التنازل الضمنى استخلاصا سائغا من مقدمات تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ، فلا معقب عليها فى ذلك لتعلقه بتقدير موضوعى من سلطتها المطلقة (٣) . وقضت أيضا بأن التنازل الضمنى يمكن استخلاصه فى حقوق الارتفاق التبادلية ، التى يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المترتب على عقاره لمصلحة عقار آخر هو التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول . فاذا خرج أيهما عن الالتزام

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ – بودرى وشوفو فقرة ١١٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .

(٢) بيزانسون ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ – ٢ – ٧٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٥٨ .

المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده ، فانه يكون قد أسقط حقه في إلزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذي يفتقر بلا سبب . ذلك بأن التنازل عن حقوق الارتفاق ، كما يكون صريحا ، يجوز أن يكون ضمنيا ، إذ لم يشترط القانون لتحققه صورة معينة [١] . ولكن لا يعتبر نزولا ضمنيا أن يترك صاحب حق الارتفاق أعمالا تتم متعارضة مع حق ارتفاقه ، دون أن يعترض [٢] .

ولما كان النزول عن حق الارتفاق إرادة منفردة صادرة من صاحب هذا الحق كما قدمنا ، فهو ليس في حاجة إلى قبول مالك العقار المرتفق به [٣] ، وينتج أثره بصدوره من صاحب العقار المرتفق وإعلانه لصاحب العقار المرتفق به [٤] . ولكنه لا يسري في حق الغير ، كمشتر للعقار المرتفق ، إلا إذا حصل قبل تسجيل هذا الشراء ، وفقا للقواعد المقررة في التسجيل [٥] .

---

(١) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٨٧ ص ٥٣٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ١٦٩ رقم ٢٠ .

(٢) نقض فرنسي ٦ نوفبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ - ١ - ٤٧٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٣

(٣) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ .

(٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .

(٥) أنظر نقض مدني ١٧ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢١ - وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل يعتبر ملزماً للمتنازل بما يمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل له تنطوي على إنكار لهذا التنازل . ولا يمنع من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله ، إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراخي زوال الحق العيني المتنازل عنه . فاذا كان الطرفان قد أقاما دعواهما بطلب تعويض عن مخالفة المطعون عليه لقيود البناء ، وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمناً ، مما يعتبر معه هذا الطلب إنكاراً منهما لتنازل الصادر من جانبها ، فان الحكم المطعون فيه إذ اعتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٠٨) .

فهرس

القسم الاول

اسباب كسب الملكية

تمهيد

صفحة

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء

صفحة

الباب الثانى

كسب الملكية بسبب الوفاة

الفصل الأول

المبراث

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

الوصية

صفحة

صفحة

الباب الثالث

كسب الملكية فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الالتصاق

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

العقـــد

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

§ ٢ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر

صفحة

صفحة

الفصل الثالث

الشفعة

تمهيد

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

§٢ – رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الرابع

الحيازة

تمهيد

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

§ ٢ – عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك ... ١١٨٨

صفحة

القسم الثانى

الحقوق العينية الأصلية

المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يتفرع عنه — حق الارتفاق)

تمهيد

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع

تمهيد

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

حق الاستعمال وحق السكنى

الباب الثانى

حق الارتفاق

تمهيد

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

صفحة

صفحة

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق

صفحة

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق

ما ظهر من اجزاء الوسيط

وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

الجزء الأول – في مصادر الالتزام (الطبعة الأولى) سنة ١٩٥٢
(الطبعة الثانية) « ١٩٦٤

الجزء الثاني – في الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦

الجزء الثالث – في أوصاف الالتزام وحوالته وانقضائه سنة ١٩٥٨

الجزء الرابع – في البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠

الجزء الخامس – في العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح) سنة ١٩٦٢

الجزء السادس – (مجلدان) في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية) سنة ١٩٦٣

الجزء السابع – (مجلدان) المجلد الأول في العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)
المجلد الثاني في عقود الغرر (عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤

الجزء الثامن – في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء والأموال) سنة ١٩٦٧

الجزء التاسع – في أسباب كسب الملكية – الحقوق الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) سنة ١٩٦٨

ما هو تحت الإعداد .

الجزء العاشر – في التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمي وحق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز)

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول — فى نظرية الالتزام بوجه عام (ويشتمل على الأجزاء الأول والثانى والثالث من الوسيط) سنة ١٩٦٦

* * *

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثانى — فى العقود المسماة

(ويشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس من الوسيط) .

الجزء الثالث — فى الحقوق العينية والتأمينات

(ويشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط) .

للمؤلف

(أولا) كتب

١ – القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل – المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥

٢ – الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦

٣ – عقد الإيجار سنة ١٩٣٠

٤ – نظرية العقد سنة ١٩٣٤

٥ – الموجز فى النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨

٦ – أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت) سنة ١٩٣٨

٧ – التصرف القانونى والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤

٨ – مصادر الحق فى الفقه الإسلامى (مقارنة بالفقه الغربى)

الجزء الأول – مقدمة – صيغة العقد فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٤

الجزء الثانى – مجلس العقد وصحة التراضى (الغلط والتدليس والإكراه والغبن فى الفقه الأسلامى) سنة ١٩٥٥

الجزء الثالث – محل العقد فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٦

الجزء الرابع – نظرية السبب ونظرية البطلان فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٧

الجزء الخامس – آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص فى الفقه الإسلامى (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة فى التعاقد فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٨

الجزء السادس – آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع فى الفقه الإسلامى (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٩

٩ – الوسيط فى شرح القانون المدنى (ظهرت منه تسعة أجزاء انظر آنفاً) سنة ١٩٥٢ – وسنة ١٩٦٨

١٠ – الوجيز فى شرح القانون المدنى (ظهر منه الجزء الأول – انظر آنفاً) سنة ١٩٦٦

(ثانيا) بحوث ومقالات

١ – الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصرى (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة لامبير) .

٢ – المعيار فى القانون (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة جنى) .

٣ – المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمى بهجت بدوى – مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ – المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٧) .

٥ – الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاى (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ – الامتيازات الأجنبية (بحث نشر فى سنة ١٩٣٠) .

٧ – تنقيح القانون المدنى (بحث نشر فى الكتاب الذهبى للمحاكم الوطنية وفى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ – من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقى (مقال نشر فى مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

٩ — عقد البيع فى مشروع القانون المدنى العراقى (نشر فى بغداد سنة١٩٣٦)
١٠— مقارنة المجلة بالقانون المدنى (بحوث القيت فى كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
١١— المفاوضات فى المسألة المصرية (بحث نشر فى سنة ١٩٤٧) .
١٢— الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر فى مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

الجزء السادس – آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع فى الفقه الإسلامى (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٩

٩ – الوسيط فى شرح القانون المدنى (ظهرت منه تسعة أجزاء انظر آنفاً) سنة ١٩٥٢ – وسنة ١٩٦٨

١٠ – الوجيز فى شرح القانون المدنى (ظهر منه الجزء الأول – انظر آنفاً) سنة ١٩٦٦

(ثانيا) بحوث ومقالات

١ – الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصرى (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة لامبير) .

٢ – المعيار فى القانون (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة جنى) .

٣ – المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمى بهجت بدوى – مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ – المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٧) .

٥ – الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاى (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ – الامتيازات الأجنبية (بحث نشر فى سنة ١٩٣٠) .

٧ – تنقيح القانون المدنى (بحث نشر فى الكتاب الذهبى للمحاكم الوطنية وفى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ – من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقى (مقال نشر فى مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

٩ — عقد البيع فى مشروع القانون المدنى العراقى (نشر فى بغداد سنة ١٩٣٦)
١٠— مقارنة المجلة بالقانون المدنى (بحوث القيت فى كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
١١— المفاوضات فى المسألة المصرية (بحث نشر فى سنة ١٩٤٧) .
١٢— الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر فى مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .